

INFORME EN DERECHO

**SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN RELACIÓN AL DEBER DE RESERVA
ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 35 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO.**

EMITIDO POR RODRIGO ROJAS PALMA, PROFESOR DE DERECHO TRIBUTARIO DE LA FACULTAD DE
DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE Y COORDINADOR DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO
INFORMÁTICO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE.

I. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años hemos sido testigos de cómo progresivamente se han ido materializando las ideas de transparencia y publicidad en el ámbito de la acción de los Órganos de la Administración del Estado (en adelante, OAE). Resultado de este proceso han sido la dictación de la Ley 19.653 sobre Probidad Administrativa¹, la consagración a nivel constitucional de la publicidad de los actos de los OAE, la dictación de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública y su respectivo Reglamento y la creación del Consejo Para La Transparencia; todos ellos sin lugar a dudas avances importantísimos para el desarrollo de la democracia en Chile.

No obstante lo anterior, en este afán de fomentar la transparencia en la Administración Pública y el Acceso a la Información, es posible caer en prácticas atentatorias contra el derecho a la privacidad de las personas, incurriéndose en un tratamiento indebido de sus datos personales. Cabe señalar desde ya que la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública establece la publicidad de la totalidad de los documentos que obren en poder de la Administración Pública, por lo que inevitablemente cae en el ámbito de la publicidad información que comprende datos personales de terceros, los que pueden ser de mayor o menor sensibilidad.

¹ Esta ley modificó la Ley 18.575 Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado; la ley N° 19.175, Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional, cuyo texto refundido se fijó por decreto N° 291, de 1993, del Ministerio del Interior; la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, cuyo texto refundido se fijó por decreto N° 662, de 1992, del Ministerio del Interior; la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo; la ley N° 18.883, sobre Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales; la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional; el Código Orgánico de Tribunales; la Ley N°18.046 sobre Sociedades Anónimas; y a la Ley N°18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile. Estas modificaciones se orientaron a consagrar los principios de probidad, transparencia y publicidad en el ámbito de acción de los Órganos de la Administración Pública.

El presente informe tiene por objeto el análisis de la regulación aplicable a un determinado tipo de información: aquella que el Servicio de Impuestos Internos y Tesorería General de la República registran y almacenan para el ejercicio de sus funciones. En razón de ello, se buscará establecer los alcances del deber de reserva tributaria establecido en el artículo 35 del Código del ramo, y el alcance del derecho de acceso a la información pública en relación a la información de carácter tributario de las personas.

II. EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

i. El Derecho a la Vida Privada

Se trata de un derecho de desarrollo relativamente reciente, el que fue formulado por Louis Brandes y Samuel Warren² como “the right to be left alone” (el derecho a ser dejado solo), y que protege a las personas de las injerencias arbitrarias que pudieran sufrir en su vida privada, ya sea por parte de otras personas, medios de comunicación social o agentes del Estado. Con posterioridad este derecho fue recogido por diversos instrumentos internacionales, entre ellos la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)³, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966)⁴ y la Convención Interamericana de Derechos Humanos (1969)⁵. A nivel interno, este derecho goza de reconocimiento constitucional en el artículo 19 N° 4 de nuestra Constitución Política.

El alcance del concepto de vida privada resulta de difícil formulación, no existiendo un límite definido entre aquellas cosas que pertenecen al ámbito de lo público y aquellas que pertenecen al ámbito de lo privado. En vista de ello, se ha

² BRANDEIS, WARREN. *The Right To Privacy*. Harvard Law Review, Vol IV, N°5, 1890.

³ El artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

⁴ El artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en términos casi idénticos a los de la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece que “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

⁵ El artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, titulada Protección de la Honra y de la Dignidad, dispone “(1). Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. (2). Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. (3). Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

atendido a diversas concepciones para intentar determinar este límite, las que van desde aquellas que atienden a criterios subjetivos, según las cuales es necesario atender a la persona y a su calidad de “persona pública” para determinar el alcance de su derecho a la privacidad⁶, hasta aquellas que buscan definir criterios atendiendo a parámetros objetivos, como el lugar físico en que se desarrolla la acción. Entre ambos extremos encontramos criterios de carácter intermedio; y por último, el que parece ser el criterio más acertado, consiste en renunciar a establecer parámetros fijos para delimitar el alcance del derecho a la privacidad, entendiendo que cada caso debe analizarse en función de sus propias particularidades. Esta problemática en la definición del alcance del derecho a la privacidad se extiende al tratamiento de los datos personales, asunto que revisaremos en el Capítulo III.

ii. El Derecho de Acceso a la Información Pública

El derecho de acceso a la información pública ha sido concebido desde dos enfoques, los cuales si bien no son excluyentes requieren ser distinguidos para efectos de este estudio. El primero de ellos, es aquél que predominaba tradicionalmente en Chile, y concibe al derecho de acceso a la información pública como una herramienta para fiscalizar a las autoridades en el desempeño de la función pública y luchar contra la corrupción. El segundo enfoque, que es aquel que ha sido adoptado en los países de la Comunidad Europea y que recientemente se ha comenzado a incorporar en nuestro ordenamiento jurídico⁷, consiste en asumir este derecho como un derecho humano, derivado del derecho a la información⁸, el cual es regulado conjuntamente con el derecho a la libertad de

⁶ De acuerdo a este criterio hasta cierto punto las injerencias en la vida privada de aquellas personas que ejercen una función pública serían justificadas.

⁷ En ello ha tenido un papel fundamental el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenara a Chile en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, en el cual se trata el derecho de acceso a la información pública como un derecho humano.

⁸ VILLANUEVA, Ernesto. El Derecho de Acceso a la Información Pública en América Latina.

expresión, establecido en diversos instrumentos internacionales, y en nuestra Carta Fundamental.

El derecho a la información como tal se reconoce por primera vez en 1948 en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el que señala que: *“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”* Según lo plantea Ernesto Villanueva, de esta disposición se desprenden tres aspectos del derecho a la información, a saber: un derecho a atraerse información, un derecho a informar y por último, un derecho a ser informado. El derecho a atraerse información, comprendería el derecho de acceso a los archivos, registros y documentos públicos: el derecho a informar contemplaría las libertades de expresión y de imprenta, y de constitución de sociedades y empresas informativas; por su parte, el derecho a ser informado contemplaría el derecho a recibir información objetiva y oportuna, completa y con carácter universal. El derecho de acceso a la información pública, en razón de lo expuesto, se identifica con aquel aspecto del derecho a la información que consiste en *“atraerse información”*.

El referido derecho a la información siguió obteniendo reconocimiento en distintos instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, entre ellos el Pacto de Derechos Civiles y Políticos⁹; y a nivel regional la Convención Interamericana de Derechos Humanos¹⁰.

⁹ El artículo 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos dispone: *“(1). Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. (2). Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. (3). El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar*

Se ha señalado que las disposiciones internacionales que incorporan este derecho, lo reconocen como un derecho de “doble vía”, ya que se protege tanto la libertad de emitir información como la de recibirla. Ciertamente el ejercicio del derecho a la libertad de expresión se vería significativamente mermado si no se contara con los medios para acceder a información de calidad; y asimismo otros derechos inherentes a la persona humana son susceptibles de resultar afectados en razón de una falta de acceso a información de calidad.

Cabe hacer presente que la adopción de uno u otro enfoque para efectos de nuestro estudio determina en forma importante las conclusiones a que se arriben, toda vez que una interpretación de acuerdo al primer enfoque (derecho de acceso a la información pública como herramienta contra la corrupción) exige una interpretación de las causales de reserva acordes con esta finalidad, en tanto que si optamos por el segundo enfoque (derecho de acceso a la información como derecho humano) la interpretación de las causales de reserva será más restrictiva,

expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La salud o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

¹⁰ El artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, titulado “Libertad de Pensamiento y de Expresión” dispone que: “(1). *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.* (2). *El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.* (3). *No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.*

(4). Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. (5). Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

toda vez que por medio de ellas se estaría limitando el ejercicio de un derecho inalienable.

iii. Conflictos entre derecho a la vida privada y derecho de acceso a la información pública

Como se ha adelantado, el ejercicio del derecho de acceso a la información pública puede conducir a la infracción del derecho a la vida privada de otras personas, a las cuales concierne la información solicitada. Ello, toda vez que dentro del ámbito de publicidad que se ha definido en la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública se encuentran todos aquellos documentos que obren en poder de la Administración, los que en una proporción importante se refieren a personas determinadas, incluyendo información respecto de ellas que puede ser de mayor o menor sensibilidad

Tratándose de derechos fundamentales establecidos en disposiciones constitucionales, cabe tener presente que no es posible establecer a priori la superioridad de uno de los dos derechos en juego: como se resolverá finalmente, será necesario revisar las circunstancias de cada caso, de forma de sopesar debidamente los intereses en juego y llegar a la solución del caso particular.

II. EL DATO PERSONAL COMO OBJETO DE PROTECCIÓN JURÍDICA

i. Noción de Dato Personal

El dato personal, en el concepto de la Ley 19.628, es aquel que se refiere a una persona natural identificada o identificable. Ésta definición es coincidente con la adoptada en otras legislaciones sobre la materia¹¹, si bien se le ha criticado el restringir su ámbito subjetivo de aplicación a las personas naturales, excluyendo de esta forma a las personas jurídicas de su aplicación.

El concepto de dato personal ha cobrado relevancia como objeto de protección, principalmente a raíz del surgimiento y expansión de las nuevas tecnologías de la información, las que han facilitado la acumulación, traspaso y tratamiento de este tipo de datos, permitiendo además el cruce de ellos, lo que conlleva la posibilidad de elaborar perfiles de personas, los que eventualmente pueden ser utilizados para discriminarlas o afectar sus derechos. Lo anterior determinó que a partir de finales de los años '70 se comenzaran a dictar las primeras normas al respecto en las legislaciones internas de Alemania, Francia, Dinamarca, Austria y Luxemburgo. Posteriormente, surgió el primer instrumento internacional relativo a este tema: las Directrices de la OCDE que Regulan la Protección de la Privacidad y el Flujo Transfronterizo de Datos Personales (1980); por su parte, a nivel europeo se celebró

¹¹ En el concepto de las Directrices de la OCDE que Regulan la Protección de la Privacidad y el Flujo Transfronterizo de Datos Personales, se entiende por "datos personales" *"toda información relativa a un individuo identificado o identificable (sujeto de los datos)"*; por su parte, el Convenio 108 del Consejo de Europa sobre Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, los define como *"cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable («persona concernida»)"*; en tanto que de acuerdo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea se entiende por datos personales *"toda información sobre una persona física identificada o identificable (el "interesado")"*; se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social".

el Convenio N° 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (1981); al que siguieron la Resolución 45/95 de la Asamblea General de la ONU que Establece los Principios Rectores para la Reglamentación de los Ficheros Computarizados de Datos Personales (1990), y la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea sobre protección de personas físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de esos Datos (1995).

ii. Categorías de Datos

La ley 19.628 sobre Protección a la Vida Privada, establece distintas categorías de datos en su artículo 2, a saber:

- **Dato caduco:** el que ha perdido actualidad por disposición de la ley, por el cumplimiento de la condición o la expiración del plazo señalado para su vigencia o, si no hubiese norma expresa, por el cambio de los hechos o circunstancias que consigna.

Este concepto guarda íntima relación con el principio de finalidad y el principio de calidad que debe observarse en el tratamiento de datos personales¹², toda vez que se dispone la obligación para el responsable del registro o banco de datos de eliminar aquellos datos cuyo almacenamiento carezca de fundamento legal o hayan caducado. Asimismo, nace para el titular de este tipo de datos el derecho a solicitar su eliminación en los mismos casos.

¹² Ambos principios serán revisados en el Capítulo III del presente Informe.

- **Dato estadístico:** el dato que, en su origen o como consecuencia de su tratamiento, no puede ser asociado a un titular identificado o identificable.

Esta categoría de datos, si bien en principio podían haber constituido datos personales, dejan de serlo en razón de que ya no es posible asociarlos a una persona natural identificada o identificable, razón por la cual no gozan de protección de acuerdo a la Ley 19.628.

- **Datos de carácter personal:** Los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables.

Este tipo de datos constituye el objeto de protección, tanto de la Ley 19.628 como de los distintos instrumentos internacionales que se han mencionado, toda vez que entregan información respecto de una persona determinada o determinable, que eventualmente puede ser utilizada de forma que atente contra sus derechos.

- **Datos sensibles:** Aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

Respecto de estos datos se ha establecido un nivel de protección particularmente alto, en vista de que atienden a aspectos que forman parte de la esfera más íntima de las personas, o por ser de aquellos que en mayor medida pueden ser utilizados para la realización de discriminaciones arbitrarias. En razón de ello, en la Ley 19.628 se dispone que este tipo de datos no pueden ser objeto de tratamiento, salvo autorización expresa del titular o por disposición legal, o en aquellos casos que

sean necesarios para el otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares.

- **Datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial:** Se trata de una categoría reconocida en el artículo Título III de la Ley 19.628, “De la utilización de datos personales relativos a obligaciones de carácter económico financiero, bancario o comercial”, pero que sin embargo no cuenta con una definición normativa, como las revisadas previamente. Se establece una regulación especial respecto de este tipo de datos, la que será revisada en detalle en el marco normativo del presente informe.

III. TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES POR PARTE DE LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

Para un adecuado ejercicio de sus funciones los OAE se ven en la necesidad de realizar tratamiento de datos personales de los administrados: ya sea para otorgar beneficios, para determinar la implementación de políticas sociales, para determinar la nómina de las personas inscritas en un Registro, para registrar condenas, etc. Este tratamiento, según lo dispuesto por la Ley 19.628 en su Título IV, “Del Tratamiento de Datos por los Organismos Públicos”, sólo puede efectuarse **respecto de las materias de su competencia** y con sujeción a las reglas que la misma ley dispone, de modo que en esas condiciones no se necesita del consentimiento del titular. En vista de ello, cabe preguntarnos qué es lo que debemos entender por “materias de su competencia” respecto de cada órgano. El tenor de la norma claramente sugiere que la interpretación debe ser restrictiva (“*El tratamiento de datos personales por parte de un organismo público sólo podrá efectuarse...*”), y para determinar las materias comprendidas en este ámbito deberemos remitirnos a las respectivas leyes orgánicas del servicio de que se trate. Por otra parte, al establecerse que el tratamiento de datos personales por organismos públicos deberá hacerse de acuerdo a las disposiciones de la misma ley, podemos concluir que le aplican los principios que de ella se desprenden.

Los principios que se desprenden del entramado normativo de la Ley 19.628 coinciden en gran parte con aquellos dispuestos en las Directrices de la OCDE que Regulan la Protección de la Privacidad y el Flujo Transfronterizo de Datos Personales (1980); el Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (1981), y con aquellos dispuestos en la Resolución 45/95 de la Asamblea General

de la ONU que Establece los Principios Rectores para la Reglamentación de los Ficheros Computarizados de Datos Personales (1990); y son:

- **Libertad en el tratamiento de datos personales:** En el artículo 1° de la Ley 19.628, se dispone que toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales, en tanto dicho tratamiento se realice en conformidad a las disposiciones de la misma ley y para finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico.

Este principio no se encuentra recogido expresamente en los instrumentos internacionales citados. Sin embargo, en cuanto limita la libertad para el tratamiento de datos personales a aquél que se haga con apego a las disposiciones de la misma ley, podemos entender que este principio no hace más que reafirmar la aplicación de los demás principios que estén contenidos en sus disposiciones.

- **Información y Consentimiento del Titular:** De acuerdo al artículo 4 de la Ley 19.628 en análisis, el tratamiento de los datos personales solo puede realizarse cuando ésta ley u otras disposiciones legales lo autoricen, o su titular consienta en ello, constando tal autorización por escrito. Se requiere además que la persona que autoriza el tratamiento de sus datos personales sea informada respecto del propósito del almacenamiento, de la posible comunicación al público.

Una de las excepciones a esta necesidad de información y consentimiento para el tratamiento de datos personales por parte de su titular es aquella contenida en el artículo 20 de la misma ley, que como se señaló, dispone que tal consentimiento no es necesario para el tratamiento de datos personales

por parte de un organismo público en materias de su competencia y con sujeción a las demás disposiciones de la ley. El resto de las excepciones serán analizadas en el marco normativo del presente informe.

- **Finalidad:** En virtud de éste principio, la utilización de los datos personales debe limitarse al fin que motivó su recolección. El artículo 9 de la Ley 19.628, dispone que *“los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieran sido recolectados, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público”*. Por su parte el artículo 6 de la misma norma dispone que deberán eliminarse o cancelarse los datos personales cuyo almacenamiento carezca de fundamento legal.
- **Calidad de los datos:** El inciso segundo del artículo 9 de la Ley 19.628 dispone que la información debe ser exacta, actualizada y responder con veracidad a la situación real del titular de los datos. Este principio es particularmente relevante, en materia de tratamiento de datos personales por parte de los OAE, toda vez que la utilización de datos caducos puede redundar en perjuicios para su titular.

En este mismo sentido el artículo 6 de la ley dispone que los datos deben ser eliminados cuando hayan caducado, y han de ser modificados cuando sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos; debiendo bloquearse cuando su vigencia sea dudosa o su exactitud no pueda ser establecida. Esto deberá realizarse sin necesidad de requerimiento del titular.

Este es uno de los principios que cuenta con mayor reconocimiento a nivel internacional, consagrándose tanto en las Directrices de la OCDE¹³, como en el Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento de Datos Personales¹⁴ y en los Principios Rectores para la Reglamentación de Ficheros Computarizados de Datos Personales de la Asamblea General de la ONU¹⁵

- **Protección especial de datos sensibles:** El artículo 10 de la Ley 19.628 excluye la posibilidad de tratamiento de los datos sensibles, permitiéndolo solo en caso de autorización legal expresa, consentimiento del titular o cuando sea necesario para la determinación y otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares. Como se ha señalado anteriormente, el tratamiento especial respecto de estos datos se justifica por tratarse de datos que pueden servir para establecer discriminaciones arbitrarias, o por tratarse de datos que pertenecen a la esfera más íntima de la vida privada de las personas. Sin embargo, los organismos públicos habitualmente requieren del tratamiento de datos de estas características en ejercicio de sus funciones, y en este caso, aún tratándose de datos sensibles, pueden proceder a su tratamiento sin consentimiento del titular, en tanto este tratamiento se realice dentro de las materias de su competencia y de acuerdo a las disposiciones de la Ley 19.628.

¹³ En tal sentido se dispone que *“Los datos personales deberían corresponder a los fines para los que se van a usar y, en la medida en que sean necesarios para esos fines, deberían ser correctos y completos, y estar actualizados.”*

¹⁴ Se dispone al efecto en su artículo 5. *“Calidad de los datos. Los datos de carácter personal que sean objeto de un tratamiento automatizado: (...) c) serán adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades para las cuales se hayan registrado; d) serán exactos y si fuera necesario puestos al día (...)”*

¹⁵ En dicho instrumento se habla de *“Principio de exactitud”*, según el cual *“Las personas encargadas de la creación de un fichero o de su funcionamiento deberían tener la obligación de verificar la exactitud y pertinencia de los datos registrados y cerciorarse de que siguen siendo lo más completos posibles a fin de evitar los errores por omisión y de que se actualicen, periódicamente o cuando se utilicen las informaciones contenidas en un expediente, mientras se estén procesando.”*

Por su parte, esta protección especial respecto de determinadas categorías de datos también se ha dispuesto en el Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento de Datos Personales¹⁶ ; en los Principios Rectores para la Reglamentación de Ficheros Computarizados de Datos Personales de la Asamblea General de la ONU¹⁷ y en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea¹⁸.

- **Seguridad de los datos:** En el artículo 11 de la Ley 19.628 se establece que el responsable de los registros o bases en que se almacenen datos personales deberá cuidar de ellos con la debida diligencia, haciéndose responsable de los daños. De esta referencia a la “debida diligencia” es dable deducir que el estándar de culpa por el que responderá el responsable de los registros o bases es el de culpa leve, y deberá responder de cualquier daño derivado de las faltas de observancia a este principio. El mencionado artículo, junto con consagrar el principio de seguridad de los datos, establece un principio de responsabilidad para el responsable del registro o banco de datos.

¹⁶ En tal sentido el Artículo 6 del citado instrumento dispone: “Categorías particulares de datos. Los datos de carácter personal que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas u otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual, no podrán tratarse automáticamente a menos que el derecho interno prevea garantías apropiadas. La misma norma regirá en el caso de datos de carácter personal referentes a condenas penales.”

¹⁷ Este tratamiento especial se recoge en el citado instrumento bajo el título “Principio de no discriminación”, en el que se dispone que “A reserva de las excepciones previstas con criterio limitativo en el principio 6, no deberían registrarse datos que puedan originar una discriminación ilícita o arbitraria, en particular información sobre el origen racial o étnico, color, vida sexual, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o de otro tipo, o sobre la participación en una asociación o la afiliación a un sindicato.”

¹⁸ En el artículo 8 del referido instrumento, bajo el título “Tratamiento de categorías especiales de datos” se dispone que “Los Estados miembros prohibirán el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad.”

El principio de seguridad ha sido ampliamente recogido en instrumentos internacionales, encontrándose disposiciones relativas a él en las Directrices de la OCDE que Regulan la Protección de la Privacidad y el Flujo Transfronterizo de Datos Personales¹⁹, en el Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento de Datos Personales ²⁰, en los Principios Rectores para la Reglamentación de Ficheros Computarizados de Datos Personales de la Asamblea General de la ONU ²¹ y en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea²²

- **Deber de secreto:** Como se señaló anteriormente, el artículo 7 establece un deber de secreto tanto para los organismos públicos como privados, cuando los datos personales que traten hayan sido obtenidos de fuentes no accesibles al público. En el caso de los organismos públicos los datos personales que se tratan por lo general son entregados por sus propios titulares, quienes los entregan para que sean utilizados en los fines propios

¹⁹ En el referido instrumento se dispone. *“Principio de salvaguarda de la seguridad. 11. Los datos personales deberían estar protegidos por las oportunas medidas de salvaguarda contra riesgos como pérdida o acceso no autorizado, destrucción, uso, modificación o revelación de datos.”*

²⁰ En el referido instrumento se dispone *“Artículo 7. Seguridad de los datos. Se tomarán medidas de seguridad apropiadas para la protección de datos de carácter personal registrados en ficheros automatizados contra la destrucción accidental o no autorizada, o la pérdida accidental, así como contra el acceso, la modificación o la difusión no autorizados”.*

²¹ En el referido instrumento se dispone *“7.Principio de seguridad. Se deberían adoptar medidas apropiadas para proteger los ficheros contra los riesgos naturales, como la pérdida accidental o la destrucción por siniestro, y contra los riesgos humanos, como el acceso sin autorización, la utilización encubierta de datos o la contaminación por virus informático”.*

²² En el referido instrumento se dispone *“Artículo 17. Seguridad del tratamiento. 1. Los Estados miembros establecerán la obligación del responsable del tratamiento de aplicar las medidas técnicas y de organización adecuadas, para la protección de los datos personales contra la destrucción, accidental o ilícita, la pérdida, accidental y contra la alteración, la difusión o el acceso no autorizados, en particular cuando el tratamiento incluya la transmisión de datos dentro de una red, y contra cualquier otro tratamiento ilícito de datos personales.*

Dichas medidas deberán garantizar, habida cuenta de los conocimientos técnicos existentes y del coste de su aplicación, un nivel de seguridad apropiado en relación con los riesgos que presente el tratamiento y con la naturaleza de los datos que deban protegerse.”

de la Administración, razón por la cual podemos entender que provienen de fuentes no accesibles al público. Sin embargo, es posible sostener que este deber de secreto no es incompatible con la entrega de información que se realice en virtud de una solicitud de acceso a la información pública, como se explicará más adelante

- **Garantías ante la transmisión de datos:** En su artículo 5, la Ley 19.628 establece la posibilidad para el responsable del registro o banco de datos personales de establecer un procedimiento automatizado de transmisión de información, siempre que se cautelen los derechos de los titulares y la transmisión guarde relación con las tareas y finalidades de los organismos participantes. El receptor solo puede utilizar los datos personales para los fines que motivaron la transmisión.

En síntesis, los organismos públicos al igual que los privados, no requieren de consentimiento ni autorización para el tratamiento de datos personales que hayan sido obtenidos o recolectados de fuentes accesibles al público. Por otra parte, respecto de los datos personales que hayan sido obtenidos de fuentes no accesibles al público, y que por lo tanto, requieren de autorización expresa para su tratamiento, los organismos públicos cuentan con una posición privilegiada dentro de nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que no requieren de la autorización ni del consentimiento del titular para su tratamiento. No obstante lo anterior, el ámbito de tratamiento de datos personales que les es permitido a estos organismos se limita a las “materias de su competencia”.

El dilema que se nos presenta en este punto es determinar si la respuesta a los requerimientos de acceso a la información pública que se presentan por particulares ante los organismos públicos, y particularmente ante el Servicio de

Impuestos Internos y la Tesorería General de la República, pueden ser entendidos como un tratamiento de datos personales que se efectúe dentro de las materias de la competencia de los referidos órganos.

Nuestra opinión es que efectivamente este tratamiento de datos personales se enmarca dentro de las materias de la competencia de los organismos públicos. Lo anterior, toda vez que la Constitución, dentro de las Bases de la Institucionalidad asienta el principio de publicidad de las actuaciones de los Órganos de la Administración del Estado, así como la de sus resoluciones, y de los procedimientos y fundamentos que utilicen, que son precisamente aquellos documentos susceptibles de contener datos personales de terceros. La disposición a la que nos referimos se dirige a los Órganos de la Administración del Estado, estableciéndose de ésta forma respecto de la información que ellos manejan la publicidad como regla general y el secreto como excepción. La posibilidad de establecer reserva o secreto se limita a determinados casos, entre los cuales se señalan aquellos en que la publicidad afecte los derechos de las personas. En tales casos, la reserva o secreto debe declararse por medio de una ley de quórum calificado.

De esta forma, tenemos una norma de rango constitucional que establece la publicidad de la información de los Órganos de la Administración del Estado como regla general, y que dispone expresamente la forma en la cual se regulará la reserva de aquellas materias que afecten los derechos de las personas; entre los cuales se encuentran comprendidos aquellos relativos a sus datos personales. Esta norma forma parte de los imperativos que rigen a todos los órganos de la Administración, y por ello, cuando dichos órganos realizan tratamiento de datos personales para responder a una solicitud de acceso a la información pública están

actuando dentro de la esfera de sus atribuciones, y dentro de la materia de su competencia.

Cabe hacer presente que además, esta materia se ha visto complementada por la Ley 20.285 de Acceso a la Información Pública y su respectivo Reglamento. Estos cuerpos normativos cuentan con disposiciones que restringen el acceso a la información pública en ciertos casos, y se encargan de establecer un procedimiento encaminado a que los terceros sean notificados antes de que se entregue información que pueda afectar a sus intereses. De esta forma, tanto el artículo 8° de la Constitución Política como la Ley de Acceso a la Información Pública son las normas que entregan herramientas para salvaguardar los derechos de los titulares de datos personales que resulten afectados en virtud del ejercicio del derecho de acceso a la información pública por parte de terceros, razón por la cual, desde el punto de vista de la Ley 19.628, se encuentra completamente ajustada a derecho la transmisión de datos personales que se realice en virtud de un requerimiento de acceso a la información pública. Sin perjuicio de lo anterior, ese tratamiento deberá cumplir con las normas que al respecto se disponen tanto por la Constitución como por la Ley 20.285 y su reglamento.

IV. MARCO NORMATIVO

A continuación se realizará un análisis de todas aquellas normas que dentro de nuestro ordenamiento jurídico tratan sobre el derecho de acceso a la información, y más específicamente el derecho de acceso a la información pública; así como también de aquellas normas vinculadas con la protección de la vida privada, y en consecuencia, con la protección de datos personales.

i. Constitución Política de la República

Sin lugar a dudas el análisis del marco normativo que resulta aplicable al problema que nos ocupa debe iniciarse con el estudio de las normas que nuestra Carta Fundamental contiene sobre el tema. Como se señaló previamente, el tema que nos convoca supone la colisión de dos derechos que en nuestro ordenamiento jurídico tienen rango constitucional, a saber, el **derecho a la privacidad**, contenido en el artículo 19 N°4, y el **derecho a la información**, que como se ha dicho constituye una faceta del derecho contenido en el artículo 19 N° 12 que reconoce la libertad de expresión y de información. Este último derecho se ha visto reforzado a través del nuevo artículo 8 introducido por la Ley 20.050 a la Constitución, toda vez que dicha norma consagra a nivel constitucional la publicidad de los actos administrativos.

A continuación se analizará cada una de las referidas disposiciones, con el objeto de determinar el sentido y alcance de ellas, de forma que a través de una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico logremos dilucidar los elementos que nos permitirán resolver los conflictos entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la privacidad.

i. Publicidad de la Información (Artículo 8)

En el año 2005 por medio de la Ley 20.050 se introdujeron una serie de importantes reformas a la Constitución Política de la República de 1980. En el tema que nos atañe, la modificación de mayor relevancia fue aquella que incorporó un nuevo artículo 8 a la Constitución²³ en los siguientes términos:

Artículo 8°.- El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Si bien el principio de publicidad de los actos administrativos había sido consagrado con anterioridad en otros cuerpos normativos por medio de la Ley 19.653 sobre Probidad Administrativa²⁴, que modificó la Ley 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado y la Ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo, entre otros cuerpos normativos, este artículo lo reafirma al otorgarle reconocimiento constitucional dentro del Capítulo de la Carta

²³ El referido artículo 8 no tenía texto vigente, al haber sido este derogado.

²⁴ Dicha norma fue publicada el 14 de Diciembre de 1999 y comenzó a regir el 22 de Junio del 2000.

Fundamental denominado Bases de la Institucionalidad. El artículo en análisis consagra la publicidad respecto de:

- Los actos y resoluciones de los Órganos del Estado,
- Los fundamentos de los actos y resoluciones de los Órganos del Estado,
- Los procedimientos que utilicen los actos y resoluciones de los Órganos del Estado.

Cabe hacer presente que la redacción original del Proyecto de Reforma Constitucional presentado por los senadores integrantes de la Alianza por Chile Chadwick, Díez, Larraín y Romero²⁵ contenía una redacción más amplia de este artículo 8, que extendía la publicidad a todos aquellos documentos que obrasen en poder de los Órganos de la Administración del Estado, sin perjuicio de la reserva o secreto que se estableciese con arreglo a la ley en casos en que la publicidad afecte al debido cumplimiento de las funciones de tales órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Por otro lado los senadores de la Concertación Bitar, Hamilton, Silva y Viera-Gallo presentaron un Proyecto de Reforma Constitucional²⁶ en que el artículo 8 se encuentra enfocado en el aspecto de la probidad, señalándose que *“Toda función pública deberá desempeñarse de modo intachable, dando preeminencia al interés general sobre el particular, y de manera que permita y promueva el conocimiento de los*

²⁵ Boletín N° 2.526-07. Proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción de los HH. Senadores señores Chadwick, Díez, Larraín y Romero, que modifica la composición y atribuciones del Congreso Nacional, la aprobación de los tratados internacionales, la integración y funciones del Tribunal Constitucional y otras materias que indica.

²⁶ Boletín 2534-07, Moción de los Honorables Senadores señores Bitar, Hamilton, Silva y Viera-Gallo, con la que inician un Proyecto de Reforma Constitucional sobre Elecciones de Diputados y Senadores, Composición del Senado, Integración y Atribuciones del Tribunal Constitucional, Fuerzas Armadas y Consejo de Seguridad Nacional; Plebiscito y otras Materias que Indica.

procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella”.

En la discusión de la referida Reforma Constitucional se escuchó al académico de la Universidad de Chile Rolando Pantoja, y a Humberto Nogueira. El profesor Rolando Pantoja en dicha oportunidad señaló que *“El hecho de que Chile sea una República democrática implica que las autoridades públicas responden a la sociedad; por lo tanto, tiene a disposición de los ciudadanos los actos y da cuenta de ellos. Sólo excepcionalmente la Constitución establece el secreto.”*

Por su parte Humberto Nogueira hizo hincapié en la importancia de establecer el significado de la expresión “información pública”.. Mostrándose partidario de delimitar el alcance del derecho a la información con el objeto de evitar los problemas de interpretación y aplicación de las disposiciones con posterioridad.

Por último cabe destacar que esta norma está concebida como una directriz dirigida a los Órganos de la Administración del Estado, y no establece directamente un derecho de acceso a la información²⁷.

ii. Derecho a la Vida Privada (Artículo 19 N°4)

Continuando con el análisis de la Constitución Política de la República, corresponde revisar las garantías constitucionales establecidas en el artículo 19 de dicho cuerpo normativo. Siguiendo el orden de su enumeración, analizaremos el derecho a la vida privada, que se encuentra consagrado en los siguientes términos.

²⁷ Sin perjuicio de ello podemos entender el derecho de acceso a la información reconocido con rango constitucional en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 N° 12 de la y en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, en relación a los Tratados Internacionales suscritos por Chile que reconocen este derecho.

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

(...)

4º.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia;

Como se ha dicho, el derecho a la protección de los datos personales, y a la autodeterminación informativa se han desarrollado como extensiones del derecho a la privacidad, como consecuencia en gran parte del veloz desarrollo de los medios de tratamiento automatizado de la información, que al facilitar el acceso y la rapidez con la que accedemos a ella ha determinado que sea posible afectar la vida privada de las personas. Al momento de estudiarse la incorporación de esta garantía por la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución²⁸, no se planteó el tema del tratamiento de los datos de carácter personal, sino que el análisis se limitó al concepto tradicional de privacidad, analizándose especialmente sus implicancias en relación con los medios de comunicación social. No obstante lo anterior, se vislumbró el posible impacto de las nuevas tecnologías en el tema²⁹. En definitiva, se dejó constancia en las actas de la Sesión 129^a de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución que la determinación del alcance del ámbito de la privacidad o vida privada quedaría reservado a la jurisprudencia, la que debería determinar caso a caso en que ocasiones se ha visto afectado este derecho a la vida privada. De lo anterior podemos concluir que los Tribunales de Justicia poseen un rol determinante en la definición de los alcances del derecho a la privacidad y de sus diversas manifestaciones frente a la evolución de los métodos de tratamiento de la información.

²⁸ Tal discusión tuvo lugar en la Sesión 129a, celebrada el 12 de Junio de 1975.

²⁹ En ese sentido Sergio Diez manifestó que “Mientras más millones de hombres existan en el mundo y más perfeccionados estén los medios con que se comunican unos con otros, mayor importancia tiene el asegurar, para la sanidad mental de las personas, el círculo sagrado de su privacidad”

- **Boletín 5883-07, Modifica el artículo 19 N° 4, de la Carta Fundamental, con el objeto de consagrar como garantía constitucional, la protección de los datos personales y su resguardo legal.**

Si bien podemos comprender entendido el derecho a la protección de los datos personales en el derecho a la vida privada, este proyecto busca visibilizar este tema por medio de la incorporación de dos incisos a la garantía constitucional del 19 N° 4, los que reconocen este derecho en los siguientes términos:

"Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, los que deben ser tratados para fines concretos y específicos, con su propio consentimiento, o en virtud de otro fundamento contemplado en la ley, y tendrá asimismo, derecho a acceder a dichos datos, para obtener su rectificación, actualización o cancelación, según procediere.

Una ley orgánica constitucional establecerá las normas para la debida aplicación de este derecho, como asimismo el órgano autónomo que velará por el cumplimiento de dicha ley y controlará su aplicación."

De esta forma se busca darle reconocimiento constitucional a los principios que rigen el tratamiento de datos personales: estos son los principios de finalidad, de consentimiento y de calidad³⁰.

Este proyecto se presentó en la Cámara de Diputados con fecha 03 de junio de 2008 y se encuentra en Primer Trámite Constitucional en la Cámara de Diputados. No registra movimiento desde el 05 de agosto de 2008, fecha en

³⁰ Sobre estos principios se profundizará en el Capítulo IV de este Informe.

que se emitió el Primer Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo y pasó a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados.

ii. El Derecho a la Información (Artículo 19 N° 12)

Continuando con el análisis de las garantías constitucionales relevantes para el tema en comento, se hace necesario revisar el derecho de libertad de expresión y el derecho a la información.

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: (...)

12°.- La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.

La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social. (...)

En lo que a nuestro objeto de estudio se refiere, tal como se desprende del texto citado, este reconoce la libertad de emitir opinión y la de informar, sin referirse expresamente al derecho a ser informado. Sin embargo, se ha entendido que tal derecho se encuentra comprendido dentro del derecho a la libertad de expresión, toda vez que el derecho a ser informado constituye un presupuesto fundamental

para el ejercicio de dicha libertad, sin el cual ésta pierde gran parte de su utilidad para el desarrollo de una sociedad democrática.

Además, compartimos la postura sostenida por Humberto Nogueira ante el Senado durante la discusión de la Ley 20.050, de acuerdo a la cual, *“si bien el artículo 19, número 12.º, de la Carta Fundamental, establece la libertad de información y omite el derecho a ella, por vía de la Convención Americana y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el derecho a la información se incorpora igualmente al bloque de derechos constitucionales que todos los órganos del Estado están obligados a respetar, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 5.º”*. De acuerdo al referido artículo 5º de la Constitución el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

En los incisos siguientes al texto citado se regula el derecho a rectificación para aquella persona, natural o jurídica, que haya sido ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social; el derecho a fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos y determina quienes pueden operar y mantener estaciones de televisión.

iii. Derecho de Petición (Artículo 19 N° 14)

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: (...)

14°.- El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes;

El artículo 19 N° 14 reconoce el derecho de todas las personas a efectuar peticiones a la autoridad, la que desempeña sus funciones a través de los Órganos de la Administración del Estado. En este contexto, cabe destacar que las solicitudes de acceso a la información pública que realicen particulares se enmarcan dentro de este derecho constitucionalmente reconocido.

iv. El Derecho a la No Afectación de las Garantías en su Esencia (Artículo 19 N° 26)

El artículo 19 N° 26 cierra la enumeración de garantías fundamentales reconocidas en la Constitución, reforzando los derechos previamente reconocidos por medio de lo que se ha llamado “la garantía de las garantías”, toda vez que según lo dispone este numeral, los preceptos legales que regulen, complementen o limiten las garantías reconocidas en la Carta Fundamental en ningún caso podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

De acuerdo a esto, si determinamos que la información tributaria relativa a una persona determinada está comprendida en el ámbito de su derecho a la privacidad,

reconocido en el artículo 19 N°4, podemos señalar que tal derecho está sujeto a una doble protección constitucional.³¹

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: (...)

26°.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

v. Código Tributario

El análisis detallado de esta norma se realizará en el Capítulo VI de este informe.

vi. Ley 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado

Este cuerpo normativo establece las Bases Generales que rigen a la Administración del Estado. En su artículo 1 enumera a quienes componen la Administración del Estado, señalando al efecto que estos órganos son los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.

³¹ Distinto es el caso del principio de publicidad, que al estar reconocido en los artículos 5° y 8° de la Constitución Política de la República escapan al ámbito de aplicación de esta garantía.

A estos órganos se les impone actuar dentro de su competencia, lo que es coherente con la disposición contenida en el artículo 7° de nuestra Carta Fundamental, y someter su acción a la Constitución y a las leyes. Asimismo se dispone que la Administración del Estado está al servicio de la persona humana y que su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente.

En el artículo 3 de esta norma se contemplan los principios que deberá observar la Administración del Estado, entre los cuales cobran relevancia para el objeto de nuestro estudio los principios de transparencia y publicidad administrativas³².

Artículo 13.- Los funcionarios la Administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan.

La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella.

Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial.

³² Estos principios no formaban parte de la redacción original de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, sino que fueron introducidos a ésta por medio de la Ley 19.653 sobre Probidad Administrativa, la cual entró en vigencia con fecha 22 de Junio de 2000.

La publicidad a que se refiere el inciso anterior se extiende a los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública y las empresas a que se refieren los incisos tercero y quinto del Artículo 37 de la ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización, en la medida que sean de interés público, que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa y que el titular de dicha información no haga uso de su derecho a denegar el acceso a la misma, conforme a lo establecido en los incisos siguientes.

A continuación se regulaba detalladamente el procedimiento para acceder a la información, en términos que resultaban bastante criticables, toda vez que la oposición del afectado no requería expresión de causa alguna, y verificada ésta, la Administración quedaba impedida de entregar la información. Asimismo, en caso de que se denegara el acceso a la información, se disponía que era competente para conocer del correspondiente reclamo el juez de letras en lo civil del domicilio del órgano de la Administración requerido, lo que claramente obstaculizaba el acceso, pues sólo una proporción menor de los requirentes de información estaban dispuestos a iniciar un procedimiento judicial, con todo los costos de tiempo y dinero que éste implica, para obtener la información que solicitaban. Otro aspecto muy criticado de las disposiciones anteriores se relacionaba con la facultad de los órganos de establecer por decreto ámbitos de reserva distintos de aquellos dispuestos por ley. Todas estas disposiciones fueron derogadas por el artículo segundo de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, la que establece el nuevo procedimiento que regula el acceso por parte de los particulares a la información que obra en poder de los Órganos de la Administración del Estado.

vii. Ley 19.880 sobre Procedimiento Administrativo

Este cuerpo normativo establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado, siendo aplicable supletoriamente respecto de aquellos en caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria. El artículo 4 consagra los principios a que deberá someterse el procedimiento³³, señalando entre ellos los de transparencia y publicidad. Al profundizar en estos principios, se dispone que el procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él. En consecuencia señala que son públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, así como sus fundamentos y documentos en que éstos se contengan, y los procedimientos que utilicen en su elaboración o dictación, sin perjuicio de las excepciones establecidas en la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información Pública del Estado.

viii. Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública

Según lo dispone el artículo 1 de esta norma, ella regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado³⁴, los procedimientos para el ejercicio del

³³ Artículo 4°. Principios del procedimiento. El procedimiento administrativo estará sometido a los principios de escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad.

³⁴ Para los efectos de esta ley se entenderá por: 5. Los órganos o servicios de la Administración del Estado: los señalados en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado está contenido en el D.F.L. N° 1-19.653, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información. El ámbito de aplicación objetivo de esta norma está establecido en su artículo 5 y comprende:

- Los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado,
- Los fundamentos de los actos y resoluciones de la Administración del Estado,
- Los documentos que sirvan de sustento o complemento directo y esencial a los actos y resoluciones de la Administración del Estado,
- Los procedimientos que se utilicen para la dictación de los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado.
- Toda aquella información elaborada con presupuesto público y
- Toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas en esa misma ley.

Cabe hacer presente los amplísimos términos en que se formula el ámbito de aplicación de esta norma, toda vez que no sólo establece la publicidad de sus decisiones y aquellos documentos que le han servido de base, sino que ésta se ha extendido a toda la información que obre en poder de los órganos del Estado.

Esta norma por lo demás establece un sistema de notificación a aquellas personas que puedan verse afectadas por los requerimientos de acceso a la información pública que se realicen, a través de su artículo 20:

Artículo 20.- Cuando la solicitud de acceso se refiera a documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar los derechos de terceros, la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, dentro del plazo de dos días hábiles, contado desde la recepción de la solicitud que cumpla con los requisitos, deberá comunicar mediante carta certificada, a la o las personas a que se refiere o afecta la información correspondiente, la facultad que les asiste para oponerse a la entrega de los documentos solicitados, adjuntando copia del requerimiento respectivo.

Por su parte, el artículo 21 de la ley viene a restringir la publicidad de ciertos actos mediante el establecimiento de causales de secreto o reserva en virtud de las cuales se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información. Ellas son:

1. *Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:*
 - a) *Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.*

- b) *Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.*
- c) *Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.*
- 2. ***Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.***
- 3. *Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.*
- 4. *Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.*
- 5. *Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política.*

Para efectos de nuestro estudio la causal que mayor relevancia presenta es aquella contemplada en el N° 2 del citado artículo 21, especialmente en cuanto se refiere a aquella información susceptible de afectar la esfera de la vida privada de las

personas, o derechos de carácter comercial o económico. Como analizaremos más adelante, el deber de reserva tributaria establecido por el artículo 35 del Código Tributario se extiende a ciertas informaciones que reúnen estas características, actuando el deber de reserva dispuesto en la presente norma de forma supletoria a aquél dispuesto en el Código Tributario. En los casos previstos en ésta norma, será necesario ponderar en qué términos se estima afectada la esfera de la vida privada, o los derechos de carácter comercial o económico en relación al carácter público de la información solicitada, de manera de determinar caso a caso si procede o no la entrega de la información solicitada.

ix. Decreto Supremo N° 13/2009, Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República, Reglamento de Ley de Acceso a la Información Pública.

El presente reglamento, según lo dispone su artículo 1, regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información. Dentro de su ámbito de aplicación subjetivo se incluyen los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. Se excluye expresamente de su aplicación a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, a los tribunales que forman parte del Poder Judicial, a los tribunales

especiales y a los órganos que ejercen jurisdicción, al Ministerio Público, al Tribunal Constitucional, a la Justicia Electoral, y al Congreso Nacional.³⁵

Este cuerpo normativo contempla un catálogo de definiciones, entre las cuales para los efectos de nuestro estudio cobran importancia las siguientes:

*a) Actos administrativos: Aquéllos señalados en el artículo 3° de la ley N°19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.*³⁶

c) Datos sensibles: Los datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen social, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

³⁵ Todos estos organismos se rigen por las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas.

³⁶ El artículo 3 de la Ley 19.880 dispone: “Artículo 3°. Concepto de Acto administrativo. Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos.

Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.

Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones.

El decreto supremo es la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro “Por orden del Presidente de la República”, sobre asuntos propios de su competencia.

Las resoluciones son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión.

Constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias.

Las decisiones de los órganos administrativos pluripersonales se denominan acuerdos y se llevan a efecto por medio de resoluciones de la autoridad ejecutiva de la entidad correspondiente.

Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional.”

En este punto cabe tener presente que el concepto de “datos sensibles” transcrito es idéntico a aquel contenido en el artículo 2 letra g) de la Ley 19.628.

d) Derecho de Acceso a la Información: Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información que obre en poder de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece la ley.

Este concepto es coincidente con lo que se desprende del artículo 5 de la Ley 20.285 en cuanto al alcance del derecho de acceso a la información.

f) Órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa: Los órganos o servicios de la Administración del Estado señalados en el inciso 2° del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado está contenido en el DFL. N° 1/19.653, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.³⁷

g) Sustento o complemento directo: Los documentos que se vinculen necesariamente al acto administrativo en que concurren y siempre que dicho acto se haya dictado, precisa e inequívocamente, sobre las bases de esos documentos.

³⁷ La citada disposición señala que “La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.”

h) Sustento o complemento esencial: Los documentos indispensables para la elaboración y dictación del acto administrativo en que concurren, de modo que sean inseparables del mismo.

Las definiciones contenidas en las letras g) y h) son de una gran utilidad para determinar el alcance formal del derecho de acceso a la información, por cuanto aclaran los conceptos contenidos en el artículo 5 de la Ley 20.285.

Este Reglamento además reitera las causales de secreto o reserva dispuestas en el artículo 21 de la Ley 20.285 complementándolas. Así, respecto de la causal establecida en el número 1 letra a) de dicha norma, se aclara que los antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales a que se refiere tal precepto incluye entre otros a aquellos destinados a respaldar la posición del órgano ante una controversia de carácter jurídico. En cuanto a la letra b) del mismo número, se determina el concepto de antecedentes para la adopción de una resolución, medida o política, determinando que ellos son todos aquellos que informan la adopción de tal resolución, medida o política; y respecto de las deliberaciones se señala que ellas son las consideraciones formuladas para la adopción de las mismas, que consten, entre otros, en discusiones, informes, minutas u oficios. Por último, respecto de la letra c) del número 1 se aclara el concepto de “requerimientos de carácter genérico” se refiere a aquellos que carecen de especificidad respecto de las características esenciales de la información solicitada, tales como su materia, fecha de emisión o período de vigencia, autor, origen o destino, soporte, etcétera; en tanto que se considera que un requerimiento distrae indebidamente a los funcionarios cuando su satisfacción requiera por parte de éstos, la utilización de un tiempo excesivo, considerando su jornada de trabajo, o un alejamiento de sus funciones habituales.

El número 2 del artículo 21 de la Ley 20.285 contempla la causal que es de mayor relevancia para objetos de este estudio, y se ve complementado por el Reglamento en el sentido de señalar que se entienden por derechos de las personas o derechos de carácter comercial o económico **aquellos que el ordenamiento jurídico atribuye a las personas en título de derecho y no de simple interés**. Sin embargo, esta aclaración no contribuye en gran medida a determinar el alcance de la causal, toda vez que no entrega herramientas que nos permitan determinar cuándo se entienden afectados tales derechos de las personas o de carácter comercial o económico.

Respecto de los números 3 y 4, el Reglamento en análisis no aporta un desarrollo mayor al contenido en la Ley 20.285. Por último, respecto del número 5 de la Ley 20.285, el Reglamento dispone que en la calificación de las causales de reserva o secreto la autoridad podrá hacer las consultas necesarias a los demás órganos competentes para determinar su ocurrencia.

x. Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada

Es la única normativa que existe en nuestro país que trata directamente el tema del tratamiento de datos personales. Sin embargo, contempla numerosas deficiencias, las que han determinado que en sus cortos años de vigencia se hayan presentado diversos proyectos de ley que buscan modificar esta ley en relación a sus distintos aspectos.

El ámbito de aplicación objetivo de esta norma se extiende al tratamiento de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o por particulares, con excepción del que se efectúe en ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar, el que se regulará por la ley a que se refiere el

artículo 19, N° 12, de la Constitución Política. Dispone esta norma que el tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello, y siempre debe realizarse de manera concordante con esta ley y para finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico, debiendo respetar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos y de sus facultades.

Cabe destacar que contempla en su artículo 2° un catálogo de definiciones, entre las cuales para los objetos de nuestro análisis cobran relevancia las siguientes:

f) Datos de carácter personal o datos personales, los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables.

De esta forma se excluyen del concepto de datos personales aquellos que no permitan determinar a quién pertenecen: estos son los denominados datos estadísticos. Tal como se indicó en el Capítulo II, a esta definición se le ha criticado el excluir a las personas jurídicas del ámbito de aplicación subjetivo de la norma.

g) Datos sensibles, aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

Cabe señalar que esta enumeración es de carácter meramente ejemplar, pudiendo comprenderse incluidos dentro de esta categoría otros datos distintos de los

señalados en cuanto se refieran a las características físicas o morales de las personas o hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad. El artículo 10 de este cuerpo legal dispone que no pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares.

i) Fuentes accesibles al público, los registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, de acceso no restringido o reservado a los solicitantes.

Cobra particular relevancia el concepto de “fuentes accesibles al público”, toda vez que no se requiere autorización para el tratamiento de datos personales que provengan o se recolecten de dichas fuentes accesibles al público. Cabe preguntarnos entonces si los datos a los que hace referencia el artículo 35 del Código Tributario provienen de fuentes accesibles al público, y la respuesta es no, pues este artículo se refiere a información que figura en las declaraciones obligatorias que deben realizar los contribuyentes; es decir, los datos personales son obtenidos directamente desde sus titulares, quienes los entregan para dar cumplimiento a sus obligaciones tributarias.

m) Registro o banco de datos, el conjunto organizado de datos de carácter personal, sea automatizado o no y cualquiera sea la forma o modalidad de su creación u organización, que permita relacionar los datos entre sí, así como realizar todo tipo de tratamiento de datos.

n) Responsable del registro o banco de datos, la persona natural o jurídica privada, o el respectivo organismo público, a quien compete

las decisiones relacionadas con el tratamiento de los datos de carácter personal.

Se trata del sujeto que deberá responder por el tratamiento indebido de datos de carácter personal, en el caso de los organismos públicos la referencia se hace directamente a ellos como tales; lo que nos redirige a las normas que regulen la representación de los organismos públicos de que se trate³⁸. En el caso del Servicio de Impuestos Internos, de acuerdo a la Ley Orgánica de dicho Servicio, la representación corresponde a el Director del Servicio³⁹, y en el caso de la Tesorería General de la República, le corresponde al Tesorero General.

ñ) Titular de los datos, la persona natural a la que se refieren los datos de carácter personal.

Como se señaló anteriormente es un requisito necesario que los datos personales se refieran a una persona determinada, quien es el titular de estos datos y deberá autorizar su tratamiento en los términos que se establecen en la Ley 19.628.

o) Tratamiento de datos, cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar,

38 Según lo dispone el artículo 36 de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, “La representación judicial y extrajudicial de los servicios descentralizados corresponderá a los respectivos jefes superiores”.

39 El artículo 7° del D.F.L. N° 7/1980 del Ministerio de Hacienda, que fija la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos dispone que: “El Director tiene la autoridad, atribuciones y deberes inherentes a su calidad de Jefe Superior del Servicio y, en consecuencia, sin que ello implique limitación, le corresponden las siguientes atribuciones, responsabilidades y obligaciones: (...) e) Representar al Servicio en todos los asuntos, incluidos recursos judiciales en que la ley le asigne la calidad de parte, y los recursos extraordinarios que se interpongan en contra del mismo Servicio con motivo de actuaciones administrativas o jurisdiccionales(...)”

ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma.

Esta definición determina el alcance del concepto “tratamiento de datos personales” a través de numerosos ejemplos, para luego señalar que además se amplía a la utilización de este tipo de datos de cualquier otra forma. Así, cualquier manipulación de datos personales constituye tratamiento en términos de la Ley 19.628, y por lo tanto, debe realizarse de acuerdo a sus disposiciones.

Este cuerpo normativo dispone la necesidad de autorización del titular de los datos personales para su tratamiento, la que deberá otorgarse por escrito y habiendo sido informado respecto de los propósitos del tratamiento y de su posible comunicación a terceros. Sin embargo, se establecen las siguientes excepciones a la necesidad de autorización para el tratamiento de los datos de carácter personal:

- Datos obtenidos o recolectados de fuentes accesibles al público.
- Datos de carácter económico, financiero ni tampoco cuando sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial.

Respecto de este tipo de datos, su utilización se regula en el Título III de la Ley 19.628, disponiéndose al efecto que los responsables de los registros o bancos de datos personales sólo podrán comunicar información que verse sobre obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial, cuando éstas consten en:

- Letras de cambio y pagarés protestados;

- Cheques protestados por falta de fondos, por haber sido girados contra cuenta corriente cerrada o por otra causa;
 - El incumplimiento de obligaciones derivadas de mutuos hipotecarios y de préstamos o créditos de bancos, sociedades financieras, administradoras de mutuos hipotecarios, cooperativas de ahorros y créditos, organismos públicos y empresas del Estado sometidas a la legislación común, y de sociedades administradoras de créditos otorgados para compras en casas comerciales.
 - Otras obligaciones de dinero que determine el Presidente de la República mediante decreto supremo, las que deberán estar sustentadas en instrumentos de pago o de crédito válidamente emitidos, en los cuales conste el consentimiento expreso del deudor u obligado al pago y su fecha de vencimiento.
- Datos contenidos en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento, o sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios.
 - Aquel tratamiento de datos personales que realicen personas jurídicas privadas para el uso exclusivo suyo, de sus asociados y de las entidades a que están afiliadas, con fines estadísticos, de tarificación u otros de beneficio general de aquéllos.

Uno de los aspectos más relevantes para los propósitos de nuestro estudio, es que tal como se señaló en el Capítulo IV, en el artículo 7 de esta norma se establece de forma genérica un deber de secreto o reserva sobre los datos personales que se

traten **tanto en organismos públicos como privados**, cuando los datos provengan o hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público. Asimismo, se incorpora el principio de finalidad en el artículo 9, el que establece que los datos solo pueden ser utilizados para la finalidad para la cual hubieren sido recolectados, limitación que no rige respecto de aquellos datos que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público. En el mismo artículo se consagra el principio de calidad, toda vez que dispone que, la información debe ser exacta, actualizada y responder con veracidad a la situación real del titular de los datos.

En el caso de los Órganos de la Administración, como se revisó en el Capítulo IV del presente informe, el tratamiento de datos personales se regula en el Título IV de la Ley 19.628, y se dispone que el tratamiento de datos personales por parte de un organismo público sólo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas establecidas en la ley. En esas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular. Además se impone al Servicio de Registro Civil e Identificación el deber de llevar un registro de los bancos de datos personales a cargo de organismos públicos, en que conste el fundamento jurídico de la existencia de cada uno de estos registros, su finalidad, el tipo de datos almacenados y la descripción del universo de personas que comprende.

i. Boletín 6120-07, Introduce modificaciones la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, y a la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública.

El presente proyecto fue ingresado con fecha 01 de Octubre de 2008 al Congreso y se encuentra actualmente en Primer Trámite Constitucional ante la Cámara de Diputados, sin urgencia para su tramitación, siendo su último movimiento

registrado con fecha 18 de noviembre de 2009, ocasión en la que se retiró la urgencia simple.

El referido proyecto busca enmendar las deficiencias que presenta actualmente la normativa en materia de protección de datos, mejorando los estándares de protección y resguardo de los derechos de los titulares de datos personales y confiriendo competencias y herramientas a una autoridad para velar por el cumplimiento de las normas en materia de protección de datos.

La presentación de este proyecto de ley obedece además a la necesidad de adecuarse a estándares internacionales de acuerdo a las recomendaciones de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) en materia de protección de datos personales. Asimismo, a través de éste proyecto se busca cumplir un acuerdo, pues durante la discusión de la Ley 20.285 se consideró la posibilidad de incorporar dentro de las competencias del Consejo Para la Transparencia facultades de protección a la autodeterminación informativa, sin que esto se concretara, acordándose profundizar la actual legislación con posterioridad.

El Proyecto de Ley en comentario propone la consagración expresa del derecho de las personas a controlar sus datos; y la ampliación del alcance de los sujetos protegidos, de modo de incluir a las personas jurídicas

Asimismo, se hace presente la necesidad de implementar una autoridad de control, para lo cual se propone modificar la Ley 20.285, de forma tal de modificar el Consejo para la Transparencia, para convertirlo en un “Consejo para la Transparencia y Protección de Datos Personales”; el cual estaría encargado de mantener un Registro Único Nacional de Bases de Datos y empoderado con

facultades de fiscalización, potestad normativa y potestad sancionadora. A este Consejo se le otorgaría además poder para ejercer facultades en beneficio directo de las personas; ejercer el control y adoptar las autorizaciones que procedan para las transferencias internacionales de datos; así como desempeñar funciones de cooperación internacional en materia de protección de datos personales. Por último se le impone la entrega de una cuenta anual sobre la actividad desarrollada en materia de protección de datos personales.

Otro de los aspectos incorporados en este Proyecto de Ley son los siguientes:

- Se distingue entre encargado y responsable de la base de datos;
- Fortalecimiento de los derechos de información del titular de los datos en la recolección de datos personales;
- Se establece la necesidad de la autorización expresa del titular, y en todo caso deberá informarse del tratamiento al titular, aún en aquellos en que no sea requerida de forma expresa la autorización;
- Se regula el flujo transfronterizo de datos exigiéndose autorización del Consejo respecto de los países que no cumplan con un nivel de protección adecuado;
- Se aumentan las condiciones de seguridad para el tratamiento de datos;
- Se refuerza el deber de rectificación y corrección de los datos;
- Se regulan infracciones y sanciones;
- Se perfecciona el sistema de responsabilidad civil por medio de una presunción de responsabilidad a favor del titular de los datos cuando se han infringido las disposiciones de la ley;
- Se crea un registro a cargo del Consejo Para la Transparencia y Protección de Datos Personales, en el que constará respecto de cada banco de datos su responsable, su fundamento de existencia, finalidad, domicilio, tipo de datos almacenados, descripción de universo de personas que comprende y destinatarios de los datos personales.

Cabe precisar que este proyecto de ley no se refiere a los datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial; toda vez que se ha decidido que si bien dichas materias requieren de modificación, dada su especialidad serán abordadas en un proyecto de ley distinto, sin perjuicio de lo cual las normas establecidas en la regulación vigente y el presente proyecto de ley tendrían carácter supletorio respecto de aquellas normas especiales.

ii. Boletín 5309-03, Modifica la ley N° 19.628, estableciendo un sistema de información de datos de carácter personal basado en el comportamiento de las personas y no sólo, en la noción de incumplimiento; Boletín 5356-08, Modifica la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, estableciendo la obligación del responsable de Banco de Datos o Registros Personales, informar al propietario acerca de éstos y a quién ha sido entregada dicha información; y Boletín 6298-05, Propone eliminación del Boletín Comercial y Central de Información de la SBIF y, establece un sistema consolidado de deudas dependientes del Banco Central.

Los tres boletines mencionados fueron refundidos por medio de una indicación sustitutiva realizada con fecha 08 de mayo de 2009 por la Presidenta de la República, y desde entonces no se registra movimiento en la tramitación de ellos, encontrándose actualmente sin urgencia su tramitación.

La indicación sustitutiva que refundió los mencionados proyectos de Ley, en su mensaje señala que sus objetivos generales consisten en perfeccionar los derechos de los titulares de los datos de obligaciones económicas y su ejercicio; y permitir que el comportamiento de pago de las personas y pequeñas empresas pueda ser

demostrado a las instituciones financieras al momento de solicitar un crédito, para de esta forma profundizar el acceso de la población de menores ingresos al financiamiento.

Este proyecto contempla los siguientes aspectos:

- Se amplía el concepto de titular de los Datos, incluyendo tanto a personas naturales como jurídicas.
- Se amplía el concepto de información comercial en relación a aquél establecido en la Ley 19.628, incluyendo ahora a las deudas al día, así como las instituciones obligadas a informar. Las instituciones obligadas a reportar periódicamente los datos de obligaciones económicas abarcan a los Bancos, las Casas Comerciales, las Compañías de Seguros, las Cooperativas, las Cajas de Compensación, las Empresas de Leasing y las de Factoring, y la Tesorería General de la República, en lo que respecta a deudas tributarias demandadas.
- Creación de un Registro Central de Obligaciones Económicas (RECOE), que registre todos los datos de obligaciones económicas, y tiene como objetivo la conservación, consolidación y estandarización de la información sobre deuda morosa y al día de todos los acreedores relevantes, al cual estarán obligados a informar ciertas instituciones. Se adjudicará por licitación la Administración del RECOE.
- Se establece que el consentimiento del titular se exigirá para comunicar datos de deuda al día a cualquier persona o entidad que requiera utilizar dicha información para evaluar el riesgo crediticio u otro fin, pero no se requerirá dicho consentimiento para recolectar datos comerciales ni para su almacenamiento en el RECOE, para lo cual se hace una excepción a la norma que establece reserva bancaria.

- Se redefine el periodo de caducidad de la posibilidad de comunicar datos a terceros, distinguiendo para estos efectos si se trata de obligaciones al día o morosas.
- Se establece como autoridad fiscalizadora, normativa y reguladora a la Superintendencia de Bancos e Instituciones financieras, quien deberá vigilar y fiscalizar que los aportantes de información, el RECOE y las Distribuidoras cumplan con las normas legales y reglamentarias e instrucciones que dicte. Además se entrega al Consejo para la Transparencia y Protección de Datos Personales⁴⁰.
- Se fortalece el derecho de acceso a la información y el derecho de acceso a los datos propios.
- Se perfecciona el derecho de rectificación y cancelación de datos.
- Regulación de los requisitos de entrada y de salida del mercado de las distribuidoras de información, tales como la obligación de constituirse como sociedades, registrarse ante la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, la adopción de medidas de seguridad y la realización periódica de auditorías externas.
- Se regula las obligaciones de todos los aportantes de datos de obligaciones económicas, entre ellas, la de mantener los datos actualizados y entregar información al RECOE.
- Se establece una transición gradual al nuevo sistema, con un periodo de transición de un año desde la publicación de la ley, durante la cual se mantiene a la Cámara de Comercio de Santiago como ente acopiador de información y se le faculta para emitir certificados de deuda al día a requerimiento del Titular.

⁴⁰ Este Proyecto de Ley es aquél que viene a regular el ámbito de los datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial, que fue excluido del proyecto de ley previamente revisado.

VI. EL DEBER DE RESERVA EN MATERIA TRIBUTARIA

i. Introducción

De acuerdo con lo señalado en los Capítulos anteriores resulta evidente que el deber de reserva en materia tributaria es un asunto que debe analizarse a la luz de los derechos de acceso a la información pública y del derecho a la privacidad. Esto sin lugar a dudas genera un conflicto de derechos, que debe resolverse de conformidad con las normas legales vigentes, muchas de las cuales han sido dictadas recientemente, y que son la causa de las dificultades surgidas en esta materia.

ii. Generalidades

Antes de entrar al análisis específico del tema, es necesario tener presente que tal como se indico anteriormente, la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, dispone que los organismos que la componen se encuentran al servicio de la comunidad, debiendo atender las necesidades públicas en forma continua y permanente. Asimismo, deben cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación y la interferencia de funciones.⁴¹

Por otra parte, todos los Servicios Públicos tienen el deber de colaborar con la acción de los Tribunales de Justicia, cuando éstos así lo requieran, salvo que la ley haya conferido a tales antecedentes el carácter de “secretos” o “reservados”, casos en los cuales no podrán entregarlos, excepto cuando otra norma legal, en forma expresa, así lo disponga.

⁴¹ Arts. 3° y 5° de la Ley N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado

Lo anterior es lo que se conoce como el deber de reserva, que en concreto – en el ámbito tributario - consiste en la obligación que gravita sobre todos los funcionarios del Servicio de Impuestos Internos, que con motivo del cargo público que desempeñan, acceden al conocimiento de datos o antecedentes de índole tributaria de los contribuyentes, de no revelarlos o hacerlos públicos, salvo las excepciones legales.

Para la concreción de este principio el legislador limita el actuar del administrador tributario, quien por su propia función se encuentra compelido a requerir y conservar datos relacionados con los ingresos, inversiones y gastos de las personas, datos que, en última instancia, provienen o pertenecen al ámbito de la vida privada de los contribuyentes.

Para analizar este deber, y tal como se hizo en el Capítulo V correspondiente al Marco Normativo del presente informe, en primer término es necesario considerar las normas positivas referidas a la reserva de los antecedentes de carácter tributario obtenidos de las declaraciones obligatorias que deben presentar los contribuyentes.

iii. Análisis de la norma

El artículo 35 del Código Tributario aparece por primera vez - **con su texto original** - en el Decreto Ley N° 830 de 1974, con la siguiente redacción:

“Junto con sus declaraciones, los contribuyentes sujetos a la obligación de llevar contabilidad presentarán los balances y copia de los inventarios con la firma de un contador.

El contribuyente podrá cumplir dicha obligación acreditando que lleva un libro de inventario debidamente foliado y timbrado,

u otro sistema autorizado por el Director Regional. El Servicio podrá exigir la presentación de otros documentos tales como libros de contabilidad, detalle de la cuenta de pérdidas y ganancias, documentos o exposición explicativas y demás que justifiquen el monto de la renta declarada y las partidas anotadas en la contabilidad.

El Director y demás funcionarios del Servicio no podrán divulgar, en forma alguna, la cuantía o fuente de las rentas, ni las pérdidas, gastos o cualesquiera datos relativos a ellas, que figuren en las declaraciones obligatorias, ni permitirán que éstas o sus copias o los libros o papeles que contengan extractos o datos tomados de ellas sean conocidos por persona alguna ajena al Servicio salvo en cuanto fueren necesarios para dar cumplimiento a las disposiciones del presente Código u otras normas legales. El precepto anterior no obsta al examen de las declaraciones por los jueces o al otorgamiento de la información que éstos soliciten sobre datos contenidos en ellas, cuando dicho examen, o información sea necesario para la prosecución de los juicios sobre impuesto, sobre alimentos y en procesos por delitos comunes, ni a la publicación de datos estadísticos en forma que no puedan identificarse los informes, declaraciones o partidas respecto de cada contribuyente en particular.

No obstante, lo dispuesto en los incisos anteriores, en cada una de las inspecciones se mantendrá a disposición del público una lista en que aparezcan, por orden alfabético, los nombres de todos los contribuyentes afectos a impuestos de acuerdo con las declaraciones anuales que deban presentar. En estas listas se

indicará, además, la renta imponible de los impuestos de categoría, global complementario y adicional, como asimismo el impuesto anual que por los referidos tributos le ha correspondido a cada contribuyente. Podrá indicarse también en estas listas el monto de las rentas exentas del impuesto global complementario; pero, si así no se hiciere, la información respectiva se proporcionará a cualquiera persona que lo solicite”.

Respecto del origen de ésta norma, no es posible establecer sus antecedentes legislativos, pues no se encuentra disponible su historia en la Biblioteca del Congreso Nacional, lo que dificulta la labor de determinar su sentido y alcance.

No obstante, se puede establecer – de modo indubitable - que su inclusión en el Código Tributario se efectúa en el año 1974 y no antes, ya que el antiguo texto del mencionado artículo⁴², no contemplaba estas disposiciones, siendo su redacción la siguiente:

“Junto con sus declaraciones, los contribuyentes sujetos a la obligación de llevar contabilidad presentarán los balances y copia de los inventarios con la firma de un contador.

El contribuyente podrá cumplir dicha obligación acreditando que lleva un libro de inventario debidamente foliado y timbrado, u otro sistema autorizado por el Director. El Servicio podrá exigir la presentación de otros documentos, tales como libros de contabilidad, detalle de la cuenta de pérdidas y ganancias, documentos o exposiciones explicativas y demás que justifiquen

⁴² D.F.L. N° 190 de Hacienda publicado con fecha 5 de Abril de 1960.

el monto de la renta declarada y las partidas anotadas en la contabilidad.”

De acuerdo con lo señalado el inciso tercero y el inciso cuarto del artículo 35 del Código Tributario, fueron agregados en el año 1974.

Al día de hoy, y luego de las modificaciones introducidas por varias leyes⁴³ el artículo 35 del Código Tributario – **texto actual** – tiene la siguiente redacción:

“Junto con sus declaraciones, los contribuyentes sujetos a la obligación de llevar contabilidad presentarán los balances y copia de los inventarios con la firma de un contador.

El contribuyente podrá cumplir dicha obligación acreditando que lleva un libro de inventario debidamente foliado y timbrado, u otro sistema autorizado por el Director Regional. El Servicio podrá exigir la presentación de otros documentos tales como libros de contabilidad, detalle de la cuenta de pérdidas y ganancias, documentos o exposición explicativas y demás que justifiquen el monto de la renta declarada y las partidas anotadas en la contabilidad.

El Director y demás funcionarios del Servicio no podrán divulgar, en forma alguna, la cuantía o fuente de las rentas, ni las pérdidas, gastos o cualesquiera datos relativos a ellas, que figuren en las declaraciones obligatorias, ni permitirán que éstas o sus copias o los libros o papeles que contengan extractos

⁴³ Ley 19.398 de 4 de Agosto de 1995; Ley 19.738 de 19 de Junio de 2001 y Ley 19.806 de 31 de Mayo de 2002

o datos tomados de ellas sean conocidos por persona alguna ajena al Servicio salvo en cuanto fueren necesarios para dar cumplimiento a las disposiciones del presente Código u otras normas legales.

El precepto anterior no obsta al examen de las declaraciones por los jueces o al otorgamiento de la información que éstos soliciten sobre datos contenidos en ellas, cuando dicho examen o información sea necesario para la prosecución de los juicios sobre impuesto y sobre alimentos; ni al examen que practiquen o a la información que soliciten los fiscales del Ministerio Público cuando investiguen hechos constitutivos de delito, ni a la publicación de datos estadísticos en forma que no puedan identificarse los informes, declaraciones o partidas respecto de cada contribuyente en particular.

Para los efectos de lo dispuesto en este artículo y para el debido resguardo del eficaz cumplimiento de los procedimientos y recursos que contempla este Código, sólo el Servicio podrá revisar o examinar las declaraciones que presenten los contribuyentes, sin perjuicio de las atribuciones de los Tribunales de Justicia y de los fiscales del Ministerio Público, en su caso.

La información tributaria, que conforme a la ley proporcione el Servicio, solamente podrá ser usada para los fines propios de la institución que la recepciona”.

Con estos antecedentes podríamos concluir que el artículo 35 del Código Tributario, en su inciso tercero, establece para todos los funcionarios del Servicio la obligación de no *“divulgar, en forma alguna, la cuantía o fuente de las rentas, ni las pérdidas, gastos o cualesquiera dato relativos a ella, que figuren en las declaraciones obligatorias presentadas por los contribuyentes, ni permitir que éstas o sus copias o los libros o papeles que contengan extractos o datos tomados de ellas sean conocidos por persona alguna ajena al Servicio, salvo en cuanto fueren necesarios para dar cumplimiento a las disposiciones del mismo Código Tributario o a otras normas legales”*.

Complementando lo anterior, el inciso cuarto de la disposición precitada dispone que *“Para los efectos de lo dispuesto en este Artículo y para el debido resguardo del eficaz cumplimiento de los procedimientos y recursos que contempla este Código, sólo el Servicio podrá revisar o examinar las declaraciones que presenten los contribuyentes, sin perjuicio de las atribuciones de los Tribunales de Justicia y de los Fiscales del Ministerio Público, en su caso”*.

Con esta norma queda claro que el deber de reserva tributaria queda limitado a:

6. La cuantía o fuente de las rentas;
7. Las pérdidas, gastos o cualesquiera dato relativos a ella; y
8. Que figuren en las declaraciones obligatorias presentadas por los contribuyentes.

Esta interpretación de la norma, sobre la base de una exégesis literal, nos lleva a la conclusión de que el resto de la información en poder del Servicio de Impuestos Internos sería de acceso público, sin quedar afectada por el deber de reserva establecido en el artículo 35 del Código Tributario. Lo anterior, sin perjuicio de la reserva que pudiera afectarle a la información no comprendida en ese ámbito de acuerdo a lo establecido en el artículo 21 N° 2 de la Ley 20.285 sobre Acceso a la

Información Pública, que establece reserva sobre aquella información que sea susceptible de afectar la esfera de la vida privada de las personas o derechos de carácter comercial o económico.

Para complementar esta interpretación, deben analizarse las excepciones que el propio Código Tributario y otras disposiciones legales le fijan al deber de reserva respecto de la información tributaria que recae en el Servicio de Impuestos Internos.

iv. Excepciones a la norma básica

Tal como señalamos recién, existe absoluto consenso que este deber de reserva tiene excepciones, las cuales se encuentran consagradas en diferentes normas legales, que levantan esta restricción, permitiendo o incluso obligando al Servicio de Impuestos Internos a entregar determinadas informaciones a organismos o personas determinadas, especificadas en las distintas disposiciones pertinentes.

Estas situaciones en que dicho deber de reserva debe ceder su imperio por razones de interés superior social, están dispersas en numerosas leyes; y básicamente autorizan a ciertos órganos públicos, en determinadas circunstancias previstas en las respectivas disposiciones normativas a adquirir conocimiento sobre los antecedentes tributarios de los contribuyentes.

A continuación, se reseñan las normas que hacen excepción al deber de reserva:

1.- La primera excepción esta en el propio artículo 35 del Código Tributario, cuando en el inciso tercero, dispone que el deber de reserva no obsta al examen de las declaraciones por los Jueces o al otorgamiento de la información que éstos

soliciten sobre datos contenidos en ellas, cuando dicho examen o información sea necesario para la prosecución de los juicios sobre impuestos, sobre alimentos, y en los procesos sobre delitos comunes.

2.- Asimismo, y también contenida en el Código Tributario, se han excepcionado del deber de reserva las investigaciones de antecedentes que sean necesarios en las gestiones de cobranza ejecutiva de las obligaciones tributarias, respecto de las cuales el artículo 168 inciso tercero dispone: *“El Servicio de Tesorerías, a través de los funcionarios que designe nominativamente el Tesorero General, tendrá acceso, para él solo objeto de determinar los bienes del contribuyente, a todas las declaraciones de impuestos que haya formulado el contribuyente, como, asimismo, a todos los demás antecedentes que obren en poder del Servicio de Impuestos Internos, siendo aplicables en este caso la obligación y sanciones que este Código impone a los funcionarios del Servicio de Impuestos Internos, en relación al secreto de la documentación del contribuyente.”*

3.- Por otra parte, el Servicio también debe proporcionar la información requerida en los siguientes casos:

a) **Artículo 49 del Código del Trabajo**, en mérito del cual corresponde a esta Institución determinar el capital propio del empleador invertido en la empresa y calcular el monto de la utilidad líquida que deberá servir de base para el pago de las gratificaciones legales, antecedente, este último, que el mismo Servicio debe comunicar al Juzgado de Letras del Trabajo o a la Dirección del Trabajo cuando éstos lo soliciten.

Asimismo, el Servicio deberá otorgar certificaciones en igual sentido a los empleadores, sindicatos de trabajadores o delegados del personal, cuando ellos así lo requieran.

b) **Artículos 20 y 21 de la Ley 17.374**, Orgánica del Instituto Nacional de Estadísticas, de acuerdo con los cuales, debe entregarse la información, datos o antecedentes que el Instituto solicite acerca de hechos que por su naturaleza y finalidad tengan relación con la formación de estadísticas oficiales.

c) **Artículo 164 del D.F.L N° 1** que fija texto refundido del D.L. 2763 y de las Leyes 18.933 y 18.409, de acuerdo con el cual procede entregar al Fondo Nacional de Salud los antecedentes que permitan a dicho Organismo determinar los ingresos mensuales de sus afiliados y otros que éste solicite.

d) **Artículo 9 de la Ley 18.918**, Orgánica Constitucional del Congreso, según el cual: *“Los Organismos de la Administración del Estado deberán proporcionar los informes y antecedentes específicos que les sean solicitados por la Cámara o por organismo internos autorizados por sus respectivos reglamentos, con excepción de aquellos que por expresa disposición de la ley tengan el carácter de secretos o reservados.*

Los informes o antecedentes solicitados que revistan el carácter de secretos o reservados por su naturaleza o por disposición especial que no tenga fuerza de ley, serán proporcionados por el servicio, organismo o entidad por medio del Ministerio del que dependan o mediante el cual se encuentre vinculado con el gobierno, manteniéndose los respectivos documentos en reserva. Si tales informes y antecedentes fueren secretos, por comprometer la seguridad nacional, afectar la actividad económica o financiera del país, o por otro motivo justificado, el Ministro sólo los proporcionará a la comisión respectiva o a la Cámara que corresponda, en su caso, en la sesión secreta que para estos efectos se celebre.”.

e) **Artículo 16 de la Ley 19.366**, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que faculta al Consejo de Defensa del Estado a requerir directamente de las autoridades y funcionarios o empleados de cualesquiera de los servicios de la administración del Estado, la cooperación, la asistencia, el apoyo, los informes y antecedentes que estime necesarios para el cumplimiento de las funciones que le corresponden como ente investigador de los delitos referidos al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y “lavado de dinero”.

f) **Artículos 54 y 55 del D.F.L. N° 1, de 1993**, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, de acuerdo con los cuales los funcionarios del Servicio deben proporcionar, en la forma más expedita y rápida los informes, copias de instrumentos y datos que se les soliciten, como asimismo, prestar con la oportunidad y prontitud debida la cooperación que les requiera el Consejo de Defensa del Estado.

g) **Artículo 4 de la Ley 19.479**, que autoriza al Servicio de Impuestos Internos para entregar información de contribuyentes al Director Nacional de Aduanas, cuando éste la requiera para cumplir las labores fiscalizadoras encomendadas a ese Servicio.

En estos casos será aplicable a los funcionarios del Servicio Nacional de Aduanas el artículo 35 del Código Tributario, respecto de la información de que tomen conocimiento.

h) **Artículo 9 de la Ley 10.336**, Orgánica de la Contraloría General de la República, el que en su inciso segundo establece que el Contralor podrá solicitar de las distintas autoridades, jefaturas de servicios o funcionarios los datos e informaciones que necesite para el mejor desempeño de sus labores y podrá, también, dirigirse a cualquiera autoridad o funcionario para impartir instrucciones relativas a la fiscalización que legalmente le corresponde.

Complementando lo anterior, el inciso final de la misma disposición estipula que las normas que establezcan el secreto o reserva sobre determinados asuntos no obstarán a que se proporcione a la Contraloría General la información o antecedentes que ella requiera para el ejercicio de su fiscalización, sin perjuicio de que sobre su personal pese igual obligación de guardar tal reserva o secreto.

i) **Artículo 9 de la Ley 19.287**, sobre Fondos Solidarios de Créditos Universitarios, cuyo inciso primero es el siguiente: *“El Administrador General del Fondo de cada institución podrá verificar la información suministrada por los deudores con todos los antecedentes de que dispongan el Servicio de Impuestos Internos, las instituciones previsionales, empleadores y demás organismos públicos y privados, todos los cuales estarán obligados a proporcionar dichos antecedentes.....”*.

j) De conformidad con la **letra b) del Artículo 4 de la Ley 18.455** sobre Bebidas Alcohólicas y Vinagres, el Servicio Agrícola y Ganadero deberá velar por el cumplimiento de dicha ley, pudiendo requerir para tales efectos la intervención de otras autoridades las que, en conformidad a sus

respectivas facultades, deberán prestarle toda la colaboración que aquél les solicite.

En especial, el Servicio Agrícola y Ganadero podrá exigir antecedentes que sean necesarios para la fiscalización del cumplimiento del mencionado cuerpo legal en relación a la producción, elaboración, envasado, guarda, comercialización, importación, exportación y transporte de productos.

k) **Artículo 53 de la Ley 18.840**, Orgánica del Banco Central, de acuerdo con el cual el Banco deberá compilar y publicar, oportunamente, las principales estadísticas macroeconómicas nacionales, incluyendo aquellas de carácter monetario y cambiario, de balanza de pagos y las cuentas nacionales u otros sistemas globales de contabilidad económica y social.

Para los efectos previstos en dicha norma, el Consejo deberá establecer, mediante acuerdo publicado en el Diario Oficial, la naturaleza, contenido y periodicidad de la información que dará a conocer.

Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo aludido, el Banco estará facultado para exigir a los diversos servicios o reparticiones de la Administración Pública, instituciones descentralizadas y, en general, al sector público, la información que estime necesaria.

l) **Artículo 18 de la Ley 20.027** que establece normas para el financiamiento de estudios de educación superior y que declara que la norma del artículo 35 del Código Tributario, no será aplicable a la información relativa a los ingresos de los deudores de los créditos

otorgados en conformidad con esta ley. La información a que se refiere dicho artículo sólo podrá ser proporcionada a la Comisión Administradora del Sistema de Crédito para Estudios Superiores, individualizando dicha Comisión a los contribuyentes y señalando el uso que de acuerdo con esta ley se dará a la información requerida.

Como puede apreciarse las excepciones al deber de reserva son numerosas y reafirman el carácter de norma excepcional.

Tal como señalamos, estos antecedentes nos llevarían rápidamente a concluir que la norma del artículo 35 del Código Tributario establece un deber de reserva que obliga a todos y cada uno de los funcionarios del Servicio, con las excepciones expuestas y que – según el tenor literal de la norma - está referido a los datos contenidos en las declaraciones obligatorias que deben presentar los contribuyentes al Servicio, relativos a la cuantía de las rentas, su fuente, pérdidas, gastos o cualquiera otro antecedente referido a las rentas. Tal como se destacó al analizar la Ley 19.628 en el Capítulo V del presente informe, el origen de la información se encuentra en las declaraciones realizadas por los propios titulares para el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, de modo que podemos determinar que se trata de datos obtenidos o recopilados de una fuente no accesible al público, y a los cuales se aplican por tanto las restricciones que la referida Ley 19.628 establece para el tratamiento de este tipo de datos personales.

A contrario sensu, todas las demás informaciones y datos que se encuentren en poder del Servicio de Impuestos Internos podrían ser reveladas sin más restricciones que las ya señaladas, sin perjuicio de la eventual aplicación a su respecto de las causales de reserva dispuestas en el artículo 21 de la Ley 20.285. Frente a esta conclusión, resulta indispensable revisar cual ha sido hasta

ahora la postura del Servicio de Impuestos Internos.

v. Criterios del Servicio de Impuestos Internos

De acuerdo con la información recopilada para la preparación de este informe, podemos señalar que el Servicio de Impuestos Internos ha sostenido que además de la norma del artículo 35 y sus alcances, existirían otros antecedentes que deben quedar amparados por la misma norma.⁴⁴

En efecto, según se expresa en la Circular N° 43 del Servicio de Impuestos Internos de 24 de Julio de 1998: *“el Servicio de Impuestos Internos ha interpretado que se encuentra afectada por el deber de reserva, por referirse a un antecedente relativo a la fuente de la renta, la solicitud de información sobre el “capital efectivo” de un contribuyente. Dicha situación es distinta de aquella referida a la solicitud de antecedentes sobre el “capital propio” del contribuyente, dato, este último, que no comparte con aquél la característica de reservado, por lo que es factible su entrega en las condiciones que establece esta Circular u otras instrucciones”*.

Como puede apreciarse, en este caso el propio Servicio aclara que – en su opinión – un dato como el de capital efectivo estaría incluido dentro del deber de reserva, toda vez que se vincularía con la fuente de la renta. En principio coincidimos con esa interpretación, pues se trataría de un dato que fluiría de una declaración obligatoria y se vincularía con la renta, encontrándose comprendida dentro del ámbito del artículo 35 del Código Tributario.

Adicionalmente, y fundándose en el artículo 55 letra h) de la Ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo y en el artículo 40, letra c) de la Ley Orgánica del Servicio

⁴⁴ Circular del Servicio de Impuestos Internos N° 43 del 24 de Julio de 1998

de Impuestos Internos (D.F.L. N° 7 de 1980 del Ministerio de Hacienda) el mencionado organismo ha sostenido que el deber de reserva se extiende también a otros antecedentes que “*por su naturaleza*” deben ser reservados.

En efecto, el artículo 40 letra c) de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos prescribe que los funcionarios del Servicio están impedidos de “*Revelar al margen de las instrucciones del Director el contenido de los informes que se hayan emitido, o dar a personas ajenas al Servicio noticias acerca de hechos o situaciones de que hubiere tomado conocimiento en el ejercicio de su cargo*”.

Por otra parte, el artículo 55 letra h) del Estatuto Administrativo obliga a los funcionarios a: “*Guardar secreto de los asuntos que revistan el carácter de reservados en virtud de ley, reglamento, de su naturaleza o por instrucciones especiales*”.

Fundado en las normas antes referidas, el Servicio de Impuestos Internos ha sostenido que no procede entregar a terceros ajenos al Servicio información relacionada con antecedentes que tengan el carácter de reservados por mandato legal, de reglamento o por instrucciones especiales⁴⁵, o bien que revistan el carácter de reservados por “*su naturaleza*”.

Según lo expresado en la ya referida Circular N° 43, se debe entender que un antecedente tendrá el carácter de “*reservado por su naturaleza*”, cuando la exigencia de mantener la reserva del mismo no provenga directamente de la ley, del reglamento, o de instrucciones especiales, sino que por la esencia de su contenido

⁴⁵ Dicha interpretación resultaba compatible con el régimen vigente hasta antes de la dictación de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, en el cual se permitía que los Órganos de la Administración del Estado determinaran ámbitos de reserva de información por vía reglamentaria. En virtud de la normativa actualmente vigente, la reserva sólo puede imponerse a través de una ley de quórum calificado.

se desprenda que existen razones de utilidad y conveniencia para mantenerlo al resguardo del conocimiento de terceras personas.

Este criterio - propio del Servicio de Impuestos Internos - tiene excepciones que el propio organismo se encarga de aclarar en la ya mencionada Circular N° 43. Así, en los numerales 4 y 5 del párrafo II.- sobre El Deber de Reserva de los Antecedentes Tributarios de la Circular N° 43 se expresa:

“4) Por otra parte, como criterios generales sobre la materia, debe tenerse presente que esta Dirección ha considerado que los antecedentes relativos al domicilio de los contribuyentes o a datos genéricos de los mismos, tales como sus nombres o números de R.U.T. o la identidad de los representantes legales de las personas jurídicas u otros análogos, pueden ser puestos a disposición de los Tribunales o de otros organismos públicos cuando estos así lo requieran. Sobre este particular, se ha interpretado que los antecedentes mencionados corresponden a datos de carácter público, puesto que con ellos actúan en la vida diaria, tanto las personas naturales como jurídicas, por lo que no poseen el carácter de antecedentes reservados por su naturaleza.

En estos casos se ha entendido que, dado que la información solicitada, es requerida por un Tribunal de la República u otro organismo de la administración del Estado y que está referida a datos que, conforme a lo precedentemente expuesto, no están revestidos del carácter de reservados, ni por disposiciones legales o reglamentarias, ni por su propia naturaleza, lo que asegura que su divulgación no permite tomar conocimiento de la

situación tributaria particular del contribuyente de que se trata, la entrega de la información no vulnera el deber de reserva que pesa sobre el Servicio y sus funcionarios.

5) Del mismo modo, se ha interpretado que la información contenida en el Catastro Técnico, tales como: deslindes, capacidad de suelos o superficie predial, no se encuentra restringida por la reserva, dado que dichos datos y antecedentes no corresponden a aquellos a que se refiere el inciso segundo del artículo 35 del Código.

En relación a los datos de dicho Catastro que son obtenidos por funcionarios del Servicio en trabajos en terreno, se ha concluido, asimismo, que no tienen el carácter de reservados por su naturaleza ni respecto de los mismos existen instrucciones que restrinjan el acceso a los terceros.”

Como puede apreciarse el Servicio de Impuestos Internos – en ejercicio de su facultad de interpretar las normas tributarias⁴⁶ - ha adoptado ciertos criterios sobre los alcances del deber de reserva, fundándose en las normas antes citadas. Cabe hacer presente que esta normativa (Circular N° 43) es una interpretación del año 1998.

⁴⁶ Artículo 6° letra A) N° 1 del Código Tributario: Corresponde al Servicio de Impuestos Internos el ejercicio de las atribuciones que le confiere su Estatuto Orgánico, el presente Código y las leyes y, en especial, la aplicación y fiscalización administrativa de las disposiciones tributarias. Dentro de las facultades que las leyes confieren al Servicio, corresponde:

Al Director de Impuestos Internos:

1° Interpretar administrativamente las disposiciones tributarias, fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para la aplicación y fiscalización de los impuestos.

Por otro lado, la Circular N° 63 del 14 de Septiembre del 2001 que imparte instrucciones acerca de las modificaciones introducidas al Código Tributario por la Ley N° 19.738 de 19 de Junio de 2001, interpreta el inciso final agregado al artículo 35, señalando que éste *“tiene por objeto acotar el uso de la información tributaria que proporcione el Servicio, de manera que ésta sólo puede ser utilizada para los fines propios de la institución que la recibe de parte del Servicio. La modificación persigue reforzar la garantía del secreto tributario que protege la información proporcionada por el contribuyente.”*

Con estos antecedentes, la situación de los alcances del deber de reserva estaba relativamente clara, pues contando con una norma como el artículo 35 del Código Tributario, con sus excepciones legales, y la interpretación del Servicio de Impuestos Internos, se podían resolver los eventuales pedidos de información.

vi. Conflicto actual

Esta situación ha cambiado radicalmente con ocasión – de acuerdo a lo señalado en la introducción de este Informe – de la dictación de la Ley 20.285 de Acceso a la Información Pública, que ha hecho surgir un conflicto entre los derechos consagrados en materia de acceso a la información y el deber de reserva consagrado en el artículo 35 del Código Tributario, recién analizado.

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 20.285 ya referida, *“Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley. El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información*

elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales.”

Complementa esta norma, el artículo 16 de la misma ley, cuando dispone que: *“La autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, estará obligado a proporcionar la información que se le solicite, salvo que concurra la oposición regulada en el artículo 20 o alguna de las causales de secreto o reserva que establece la ley”*.

Finalmente los artículos 20 y 21 de la Ley N° 20.285 establecen las excepciones en que puede fundarse el organismo para rechazar la petición de información⁴⁷.

El problema se produce al encontrarnos por una parte frente a una norma vigente desde el año 1974, interpretada por la autoridad administrativa, y por otra parte, frente a disposiciones de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, vigente desde el año 2008. Lo anterior nos pone en la obligación de determinar el alcance de las referidas normas, en relación a la otra, lo que nos lleva necesariamente a formularnos las siguientes preguntas:

¿Hasta dónde el derecho de acceso a la información pública puede levantar el deber de reserva tributaria?

¿Cómo se concilia la amplitud que la autoridad tributaria le asigna al deber de reserva con las disposiciones de la Ley de Transparencia?

⁴⁷ Véase el análisis de la Ley 20.285 contenido en el Capítulo V del presente informe.

¿Son las excepciones de los artículos 20 y 21 de la Ley de Transparencia, fundamento para ampliar el deber de reserva?

vii. Análisis especial

Tal como ha quedado demostrado a través de los capítulos precedentes, nos encontramos frente a una colisión entre el derecho a la vida privada y el derecho de acceso a la información pública, siendo clave en esta discusión el alto nivel tecnológico que ha alcanzado el tratamiento de la información y el valor que se le asigna a los datos.

Ésta temática se encuentra vinculada con la incorporación de la idea de transparencia a nuestro ordenamiento jurídico, especialmente en su aspecto pasivo⁴⁸. Hasta antes de la vigencia de éstas normas, el Estado y sus organismos se manejaban bajo un denominado manto de secretismo.

Si bien como lo sostienen algunos, la estructuración de la democracia se basa en la libertad de información y en el derecho a saber o “habeas data” hay una fuerte tendencia a mantener como fortalezas secretos de Estado, la que además se expresó durante la discusión de la Ley 20.050 y la Ley 20.285, sin que ésta vez haya primado.

Esta tendencia fortalece una tradición de secretismo, que se había constituido en parte fundamental de las culturas administrativas públicas y privadas, las que consideraban que la importancia de sus actos debía estar cubierta y protegida por

⁴⁸ Entenderemos por transparencia pasiva el procedimiento legal mediante el cual los órganos del Estado responden a los requerimientos de información de los ciudadanos.

un manto de secreto, aún cuando no hubiese bases legales para ello y éste tenga como único fundamento la costumbre.

Es claro que en Chile la tradición de secretismo es parte esencial de la cultura organizacional pública y constituye una costumbre que se impone sobre los usuarios y ciudadanos. Si bien concordamos en que hay ciertos ámbitos donde el secreto se justifica plenamente, la tendencia de la cultura organizacional pública chilena ha sido la de extender este secreto a áreas en las que no existe tal justificación.

En el conflicto actual encontramos diversos valores en conflicto, uno de los cuales está dado por el fortalecimiento del secreto del Estado y sus instituciones, frente a otro de dichos valores, consistente en el derecho de las personas a tener acceso libre a la información pública, y por último, el derecho a la privacidad de las personas ante el tratamiento de sus datos personales. La competencia es principalmente entre transparencia y secretismo, éste último en numerosas ocasiones se ha justificado en la protección de la esfera de la vida privada de las personas, sin ponderar adecuadamente el valor de garantía esencial en una sociedad democrática que corresponde al derecho de acceso a la información pública.

Tal como dijimos en la introducción del Marco Normativo, la reforma constitucional del año 2005 incorporó a nuestro ordenamiento jurídico los principios de probidad y de transparencia, al establecer que sólo puede excluirse información que afecte al interés nacional, la seguridad nacional o que afecte el cumplimiento de las funciones del organismo público, lo que sólo podrá establecerse en una ley de quórum calificado. Este es un gran cambio, considerando lo que había ocurrido en el año 1994 cuando se creó la Comisión

Nacional de Ética Pública⁴⁹, que luego dio lugar a la Ley 19653, llamada de Probidad y Transparencia, que si bien estableció que las personas tenían derecho a solicitar información a los servicios públicos, a la vez creó una larga lista de excepciones y autorizó reglamentos que prohibieran esta entrega, haciendo prácticamente nula la eficacia de esta regulación en atención a sus fines.

Nos encontramos hoy día con normas que aseguran efectivamente la transparencia, y que obligan al Estado a entregar información cuyo acceso hasta antes de su vigencia, podía ser negado por los organismos públicos en virtud de las numerosas causales de reserva que podían disponer, a las que se sumaba un engorroso procedimiento judicial en caso de que el requirente de información deseara reclamar por la denegación de ésta.

Sobre este punto, compartimos los criterios del profesor Humberto Nogueira, cuando señala que el principio de transparencia, *“dice relación con el conocimiento de algo, que no es lo mismo que la publicidad. Desde este punto de vista, la publicidad se vincula más bien con la obligación del órgano que desarrolla la función de entregar al público los temas que son de relevancia pública. En cambio, la transparencia implica que la ciudadanía tiene derecho a reclamar esa información para que la actuación del órgano sea efectivamente legitimada desde el punto de vista de lo que es una sociedad democrática”*⁵⁰.

Lo clave entonces es resolver ahora las preguntas antes formuladas que nos permitirán arribar a las conclusiones de este informe.

¿Hasta dónde el derecho de acceso a la información pública puede levantar el deber de reserva tributaria?

⁴⁹ Decreto 423 de 1994 del Ministerio del Interior.

⁵⁰ Opinión extraída de la discusión de la Ley 20.050, en la que el profesor Humberto Nogueira expuso ante la Comisión de Legislación y Justicia.

En nuestra opinión, y atendiendo a la actual redacción del artículo 35 del Código Tributario, el Servicio de Impuestos Internos no puede – amparándose en el deber de reserva tributaria - negarse a entregar información que se encuentra en su poder, con excepción de la extraída de las declaraciones obligatorias de los contribuyentes que se refieran a la cuantía o fuente de las rentas y a las pérdidas, gastos o cualesquiera datos relativos a ella.

En este sentido deben primar las normas de la Ley 20.285 que establecen la obligatoriedad para los organismos públicos de entregar las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones contenidas en el artículo 21 de ésta ley.

Resulta relevante señalar en este punto, que si bien el Código Tributario no es una ley de quórum calificado, como lo exige el 8° de la Constitución, es igualmente válida como causal de reserva en virtud de las disposiciones transitorias de la Ley 20.285, en que se dispone:

Artículo 1°.- De conformidad a la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política, se entenderá que cumplen con la exigencia de quórum calificado, los preceptos legales actualmente vigentes y dictados con anterioridad a la promulgación de la ley N° 20.050, que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos, por las causales que señala el artículo 8° de la Constitución Política.

¿Cómo se concilia la amplitud que la autoridad tributaria le asigna al deber de reserva con las disposiciones de la Ley 20.285 de Acceso a la Información Pública?

Estimamos que la interpretación que el Servicio de Impuestos Internos le ha dado al deber de reserva excede los alcances que las nuevas normas sobre transparencia han establecido para todos los organismos del Estado, debiendo revisarse las mencionadas instrucciones.

¿Son las excepciones de los artículos 20 y 21 de la Ley de Transparencia, fundamento para ampliar el deber de reserva?

No obstante lo señalado, somos de opinión que el deber de reserva puede ampliarse en aquellos casos en los cuales puedan encontrarse incluidas algunas de las excepciones que el propio artículo 21 de la Ley 20.285 considera, y que fueron oportunamente analizadas.

Lo anterior, toda vez que existe consenso en que las causales de reserva o secreto de información establecidas por la Ley de Transparencia son, en general, razonables y se ajustan a los estándares que al efecto se observan en el derecho comparado.

Sin embargo, debemos tener presente que las referidas causales en gran parte constituyen “conceptos jurídicos indeterminados”, cuyo contenido y extensión requiere ser delimitado para su aplicación al caso en concreto.

Al respecto, es probable que un reconocimiento “débil” o restrictivo del derecho de acceso a la información extienda, injustificadamente, el ámbito de reserva de la

información; mientras que su reconocimiento “fuerte” lo constituirá en un mandato que obligue a su máxima realización posible.

Por eso, al igual como lo sostienen los autores Cristóbal Tello E., Marcelo Cerna G. y Andrés Pavón M.⁵¹ somos de opinión que estas causales deberán ser interpretadas para cada caso particular y ponderarse adecuadamente los valores en contraposición: el acceso a la información versus el bien jurídico protegido por cada causal de reserva.

La interpretación de estos conceptos jurídicos indeterminados deberá ser restrictiva, conforme con el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la Republica y los principios de apertura o transparencia, máxima divulgación y divisibilidad, consagrados en el artículo 11 de la Ley 20.285 de Acceso a la Información Pública.⁵²

Este mismo principio fue recogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando señaló que “el derecho a la libertad de pensamiento y de

⁵¹ “Acceso a la información pública: los desafíos del Consejo para la Transparencia”, Anuario de Derechos Humanos N° 5 - 2009 – Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile./ pp. 193-204

⁵² El principio de apertura o transparencia consiste en que toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas. Por tanto, se invierte la carga de la prueba en favor del requirente de información, correspondiendo al órgano que niegue su acceso acreditar la causal legal de secreto o reserva en que se funda. Finalmente, por el principio de la divisibilidad, si un acto administrativo contiene información que puede ser conocida y a su vez contiene información que debe denegarse en virtud de causa legal, se mantendrá en reserva sólo aquella parte que se considera reservada.

expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado”⁵³

Conforme con este pronunciamiento, señalan los autores mencionados, el Consejo deberá delimitar las causales de reserva considerando que “(...) *las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho*”⁵⁴. Concordamos plenamente con éste criterio.

Para efectos de determinar la aplicabilidad de las causales de reserva, uno de los mecanismos que se utiliza mayoritariamente en la doctrina comparada es el denominado “*test de daño*”. Este *test* establece la obligación de la autoridad de demostrar que la divulgación de un determinado documento o información

⁵³ Corte IDH. *Caso Claude Reyes vs. Chile*, párr. 77.

⁵⁴ Corte IDH. *Caso Claude Reyes vs. Chile*, párr. 91. En igual sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Declaración sobre Libertad de Expresión (108º Período ordinario de sesiones, octubre, 2000) señaló que “[e]l acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas”. En similar sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la restricción del derecho de acceso a la información debe ser “necesaria” para asegurar un fin legítimo, es decir, que el acceso a la información dañe sustancialmente o perjudique seriamente un interés protegido. Primando el carácter público de la información cuando en la revelación exista un interés superior al de su reserva. *Lingens v. Austria*, 8 de julio de 1986, solicitud N° 9815/82, EHRR 407. párr. 39-40.

produce o puede producir un daño específico a un valor o un derecho jurídicamente protegido. Por ejemplo, frente a una solicitud de entrega de un documento relativo a seguridad nacional, no es suficiente que el documento en cuestión trate materias de seguridad nacional para que en forma automática se le otorgue el carácter de reservado. En este caso, corresponde que la autoridad lleve a cabo una ponderación de los valores en conflicto, esto es, el derecho de acceso a la información pública frente a la seguridad nacional, de manera de poder determinar si con motivo del ejercicio del primero de ellos se dañará el segundo y que, como consecuencia de esa ponderación, corresponda aplicar una reserva temporal o no del documento solicitado.

La Ley 20.285 incorporó el *test* de daño como uno de los criterios para resolver la aplicación de las excepciones al principio de la publicidad. En efecto, el artículo 21 de la Ley 20.285 establece la posibilidad de negar el acceso a la información, ya sea total o parcialmente “*cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte...*”. Esta forma de calificar las excepciones a la publicidad de los documentos en la ley recoge la experiencia de países que cuentan con una desarrollada legislación en la materia como Irlanda, Canadá, Inglaterra y México.

En el caso de México, para efectos de precisar el estándar o criterio en la aplicación del test de daño, el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI), organismo similar al Consejo para la Transparencia, entregó lineamientos generales para la clasificación y desclasificación de información.

El IFAI intentó entregar mayor sustento técnico en la interpretación de la ley mediante la incorporación de elementos objetivos para la determinación del daño por difusión de información. Se estableció que el daño a los intereses establecidos en la ley debía ser “*presente, probable y específico*”. Sin embargo, la aplicación de este

estándar ha sido difícil. El IFAI ha tenido problemas en precisar el contenido específico de daño “presente”, “probable” y “específico”, y se ha limitado a reiterar lo establecido en la ley y en los lineamientos ya señalados, sin profundizar en los fundamentos y criterios necesarios para delimitar las causales de reserva.

En Inglaterra, la Ley de Libertad de Información establece 23 excepciones a la publicidad de la información, la mayoría de éstas sujetas al test de daño. Para efectos de fijar el estándar de daño que debe aplicarse a las causales, la legislación inglesa utiliza como criterio “la probabilidad” de que se genere el perjuicio. De esta forma, la autoridad llamada a aplicar este estándar deberá ponderar los valores en conflicto evaluando la probabilidad de que ocurra un daño al divulgar la información requerida. En este ejercicio deberían considerarse factores objetivos que permitan advertir la presencia de un perjuicio inminente y muy probable que justifique la excepción de publicidad.

Lo anterior es absolutamente consistente con lo señalado por Humberto Nogueira durante la discusión de la Ley 20.050⁵⁵ donde hizo hincapié en la importancia de establecer el significado de la expresión “información pública”.

Respecto del alcance del derecho a la información manifestó que éste *“recae sobre el asunto que corresponde a la cosa pública, a lo que es de interés común para todos; por lo tanto, hay que acotarlo, porque, una vez más, sobre esta materia operará el control de constitucionalidad, el cual se estructura en base a tres parámetros:*

⁵⁵ Dicha opinión fue recogida en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en mociones de los HH. Senadores señores Chadwick, Díez, Larraín y Romero, y de los HH. Senadores señores Bitar, Hamilton, Silva y Viera-Gallo, con las que inician sendos proyectos que introducen diversas reformas a la Carta Fundamental. Boletines N°s 2.526-07 y 2.534-07.

- a) *la legitimidad de la finalidad de la norma, porque la disposición legal, de acuerdo con el artículo 19, número 26.º, no puede afectar el contenido esencial de un derecho;*
- b) *en segundo lugar, el principio de proporcionalidad, vale decir, si el medio es adecuado y proporcionado al objetivo perseguido, pues si no lo es, puede ser declarado inconstitucional, y,*
- c) *finalmente, la razonabilidad de la norma, vale decir, si tiene un fundamento que sea coherente con el objetivo y el medio que se va a perseguir”.*

En vista de lo anterior se mostró partidario de delimitar el alcance del derecho a la información con el objeto de evitar los problemas de interpretación y aplicación de las disposiciones con posterioridad.

Asimismo, señaló que tanto los tribunales americanos como los europeos han declarado que las normas deben interpretarse de acuerdo con el sentido y alcance de lo que es una sociedad democrática, apuntando que el sentido del secreto y de lo reservado no es incompatible con la naturaleza y finalidad de una República y de una sociedad democrática.

Siguiendo esa línea argumental, es deber de los órganos sujetos al régimen especial de transparencia crear los mecanismos y procedimientos que aseguren el ejercicio de este derecho fundamental, excluyendo toda exigencia o requisitos que puedan obstruir o impedir su ejercicio.

VII. CONCLUSIÓN

Lo primero que debemos señalar antes de formular nuestras conclusiones es que el análisis se ha hecho optando por el enfoque de derecho de acceso a la información

como derecho humano (en contraposición a la visión tradicional que lo comprendía como una mera herramienta de lucha contra la corrupción).

En este sentido y considerando que la tendencia mundial es a la información abierta y de fácil acceso para todos, es obligatorio que la información sea pública, ya que ello constituye una característica y condición de la democracia, debiendo en todo caso subordinarse a las normas expresas que establecen el secreto en aquellos casos que se justifican.

Bajo esa premisa, estimamos que el alcance del deber de reserva consagrado en el artículo 35 del Código Tributario debe ser interpretado restrictivamente, limitándose a la información que provenga de las declaraciones obligatorias de los contribuyentes que se refieran a la cuantía o fuente de las rentas ni las pérdidas, gastos o cualesquiera datos relativos a ellas, lo que debe entenderse sin perjuicio de la eventual aplicación de las causales de reserva establecidas en el artículo 21 de la misma Ley 20.285 y que pueden afectar a información de carácter tributario, particularmente por ser susceptibles de afectar a la esfera de la vida privada de las personas o a sus derechos de carácter comercial o económico..

Lo anterior debe complementarse necesariamente con el análisis casuístico que permita dirimir los casos en los cuales se requiera información del Servicio de Impuestos Internos, aplicándose los criterios de la propia Ley 20.285 para ordenar o no su entrega.

En este sentido, somos de opinión que una buena forma de evaluar los casos de solicitud de información que afecte a datos personales, sea el definir los tipos de información que maneja el Servicio de Impuestos Internos de acuerdo a las categorías establecidas en la Ley 19.628 y las formas en que las obtiene,

distinguiendo de acuerdo a la referida Ley 19.628 si los datos han sido recabados de fuentes accesibles al público o de fuentes no accesibles al público. Para estos efectos, resulta útil además la distinción que ha hecho la propia autoridad tributaria, que se contiene en documento⁵⁶ del Servicio de Impuestos Internos que distingue entre:

1.2 Categorías de la información

Dentro de la información que la Administración Tributaria debe estar facultada para requerir a los contribuyentes, podemos distinguir tres tipos:

a) Información requerida en forma permanente. *Es información que mantiene la Administración Tributaria en sus bases de información y que constituye el núcleo básico de los procesos de fiscalización. Se compone básicamente de:*

Información de identificación de los contribuyentes, que se ingresa en el inicio de actividades o alternativamente, cuando el contribuyente realiza acciones de interés tributario.

Datos provenientes de las declaraciones periódicas que deben ser entregadas por todos los contribuyentes, en las cuales ellos determinan su base de impuesto de acuerdo a las normativas establecidas.

⁵⁶ La Capacidad Contributiva, Presupuesto Jurídico y Fundamento de la Tributación - Tema 3.1 El Acceso a la Información por la Administración Tributaria, Benjamín Schütz García, Subdirector de Fiscalización, Servicio de Impuestos Internos presentado en la Conferencia Técnica del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias- CIAT efectuada en Sicilia, Italia, del 2 al 5 de octubre de 2000.

□ *Información adicional que deben proporcionar en forma periódica contribuyentes que, por sus características, ameritan un tratamiento especial. En el caso de Chile, esta información se refiere a Grandes Contribuyentes, Sectores Primarios y Exportadores.*

Este tipo de información se debe actualizar periódicamente, debe ser de alta calidad y debe cumplir los requisitos de suficiencia, oportunidad, unicidad, etc., dado que es fundamental para realizar el control del grado de cumplimiento del contribuyente. Deben existir mecanismos simples y ágiles para su recepción y corrección, de forma que se facilite el cumplimiento y se apoye la entrega oportuna y de alta calidad. El envío de información por Internet, la existencia de procedimientos estructurados para la interacción con el contribuyente, los compromisos de tiempos de atención breves, son algunos ejemplos de mecanismos que se aplican en estos casos.

b) Información preparada. *Esta categoría corresponde a aquella información que los contribuyentes deben mantener disponible para ser entregada o revisada por la Administración Tributaria en cualquier momento, en los plazos y con los requisitos que ésta ha establecido a través de normativas legales. En esta categoría está por ejemplo, la información contable, los libros de Compras y Ventas, inventarios, etc.*

c) Información no-preparada. *La Administración Tributaria debe tener facultades para solicitar otra información de interés tributario, que se genera producto de la actividad propia del*

contribuyente y que no tiene el grado de estructuración y sistematización de los tipos descritos anteriormente.

Sobre la base de esta clasificación, el criterio es mantener en las bases de datos de la Administración Tributaria el primer tipo de información básica que es la que se requiere para determinar los posibles incumplimientos tributarios.

Respecto de las fuentes de donde se obtiene la información son tres: el propio contribuyente a través de la emisión de informes y las declaraciones de impuestos, los agentes informantes y los procesos que realiza la Administración Tributaria.

Dependiendo de la fuente, son las posibilidades que se le ofrecen al contribuyente y que se detallan a continuación:

- a) Información presentada por el contribuyente.*

- b) Información presentada por agentes informantes.*

- c) Información obtenida como resultado de los procesos que realiza la Administración Tributaria.*

En virtud de lo expuesto, compartimos los criterios sostenidos por el Consejo para la Transparencia en la Decisión de Amparo N° A117-09 en la que resolvió que en el caso en cuestión “no se está vulnerando tal deber de reserva si se da acceso a la información solicitada, ya que en ningún caso se está refiriendo a la cuantía de las rentas, pérdidas, gastos, etc. ni a otra información de la señalada en tal norma y que el Servicio tiene deber de reserva.” Esta decisión se ha realizado interpretando de forma

restrictiva las causales de reserva, como lo venimos proponiendo, y además propendiendo a la máxima realización del derecho de acceso a la información pública, en tanto no colisione con otras garantías de aquellas que emanan de la esencia de la naturaleza humana.
